Heilung von Formmängeln durch nachträgliche Erfüllung

Abhandlung

zur
Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität
zu Bonn

vorgelegt von
Franz Josef de Weldige-Cremer

Buchdruckerei Orthen, Köln, Antoniterstraße 10
1937

Angenommen auf Bericht
der Professoren Dr. Kunkel und Dr. Kipp

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

A. Der Gegenstand der Aufgabe 9

B. Die Methoden der Rechtsfindung 10

C. Die Heilung von Formmängeln durch nachträgliche Erfüllung laut gesetzlicher Vorschrift

I. Die einzelnen Rechtsgeschäfte 15

II. Die Gründe für die Heilung der Formmängel . . . 18

D. Die Heilung von Formmängeln durch nachträgliche Erfüllung bei fehlender gesetzlicher Vorschrift

I. Die Ergebnisse auf Grund der begriffsjuristischen Methode

1. Die Anwendung des argumentum e contrario . . 22

2. Die Anwendung der Analogie 27

II. Die Ergebnisse auf Grund der Interessenwertung

1. Die Verpflichtungsverträge über gegenwärtiges Vermögen 28

2. Das Leibrentenversprechen 33

3. Der Erbschaftskauf 36

III. Vorschlag de lege ferenda 39

Literaturverzeichnis.

Binder, Julius: Bemerkungen zum Methodenstreite in der Privatrechtswissenschaft. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Band 100 S. 4—83. Stuttgart 1934.

Bruck, Eberhard Friedrich: Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte. Ein Beitrag zur Lehre von der Unzulässigkeit von Bedingung und Zeitbestimmung. Breslau 1904.

Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen und Leipzig 1902.

Düringer, Adalbert; Hachenburg, Max: Das Handelsgesetzbuch. 2. Auflage II. Band. Mannheim und Leipzig 1910. 3. Auflage IV. Band. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.

Ebbecke, Julius: Formvorschriften. Das Recht. Hannover und Leipzig 1911. Spalte 633 ff.

Endemann, Friedrich: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Band, 2. Hälfte, Erbrecht. 8./9. Auflage. Berlin 1920.

Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor; Wolff, Martin: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Band 1. Abteilung. Einleitung, Allgemeiner Teil von Ludwig Enneccerus. 12. Bearbeitung. Marburg 1928.

— Band I 13. Bearbeitung. Marburg 1931, herausgegeben von Hans Carl Nipperdey.

— 1. Band, 2. Abteilung. Recht der Schuldverhältnisse von Ludwig Enneccerus. 10. Bearbeitung. Marburg 1927.

— Band II 12. Bearbeitung. Marburg 1932, herausgegeben von Heinrich Lehmann.

— Band V. Erbrecht von Theodor Kipp. 8. Bearbeitung. Marburg 1930.

von Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. III. Band. München und Leipzig 1917.

Hachenburg, Max: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, gehalten in den Jahren 1896, 1897. 2. Auflage. Mannheim 1900.

Heck, Philipp: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

— Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1932.

— Das Problem der Rechtsgewinnung. 2. Auflage. Tübingen 1932.

— Die neue Methodenlehre Müller-Erzbach's. Archiv für die zivilistische Praxis. Band 140 S. 275 ff. Tübingen 1935.

— Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 142 S. 129—202, S. 297—332. Tübingen 1936.

Henle, Rudolf: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Schuldrecht. Berlin 1934.

Höhn, Reinhard: Allgemeines Schuldrecht. Berlin 1934.

Hönigswald, Richard: „Begriff" und „Interesse". Eine methodologische Skizze. Archiv für die zivilistische Praxis. Band 138 S. 1 ff. Tübingen 1934.

von Jhering, Rudolf: Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung. 2. Teil 2. Abteilung. 3. Auflage. Leipzig 1875.

— Zweck im Recht. Band 1. 5. Auflage. Leipzig 1916.

Klang, Heinrich: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Vierter Band. Wien 1935, herausgegeben von Heinrich Klang.

Kreß, Hugo: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

— Lehrbuch des besonderen Schuldrechts. München und Berlin 1934.

Lehmann, Heinrich: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz von Heck. Archiv für die zivilistische Praxis. Band 138 S. 95 ff. Tübingen 1934.

Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Band. München und Leipzig 1929.

— Besonderes Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. II. Band. München und Leipzig 1931.

— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen. 5. Buch. Erbrecht. 2. Auflage. Berlin 1912.

Meyer, Wilhelm: Der Uebergabevertrag insbesondere bei Erbhöfen. Köln 1935.

Müller-Erzbach, Rudolf: Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen? Zwei Hauptgesichtspunkte der Rechts- und Lebensdurchdringung. München und Leipzig 1934.

— Wohin führt die Interessenjurisprudenz? Tübingen 1932.

— Das Recht des Besitzes. Archiv für die zivilistische Praxis. Band 142 S. 5 ff. Tübingen 1936.

Mugdan, Benno: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Band. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899, herausgegeben und bearbeitet von Benno Mugdan.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Band I. Allgemeiner Teil. Berlin und Leipzig 1888.
Band II. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin und Leipzig 1888.

Nipperdey, Hans Carl: Bericht über das zivilrechtliche Schrifttum des Jahres 1932. Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot. 73. Jahrgang. S. 123 ff. Berlin 1933.

Oertmann, Paul: Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 3. Auflage. Berlin 1927.

— Recht der Schuldverhältnisse. 1. Abteilung. 5. Auflage. Berlin 1928. 2. Abteilung. 5. Auflage. Berlin 1929.

Planck, Gottlieb: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, herausgegeben von Emil Strohal. Band I. Allgemeiner Teil, 4. Auflage. Berlin und Leipzig 1913.

— Band II. 1. Teil. Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil). 4. Auflage. Berlin und Leipzig 1914.

— Band II. 2. Teil. Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil). 4. Auflage. Berlin und Leipzig 1928.

— Band V. Erbrecht. 4. Auflage. Berlin und Leipzig 1930.

Pringsheim, Fritz: Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils. (Zur Auslegung von § 2033 Abs. 1 BGB.) Breslau 1910.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band I. Berlin 1897. Band II. Berlin 1898.

Regelsberger, Ferdinand: Gesetz und Rechtsanwendung. Jherings Jahrbücher Band 58 S. 146 ff. Jena 1911.

Reichel, Hans: Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte. Archiv für die zivilistische Praxis. Band 104 S. 1 ff. Tübingen 1909.

Reichsgerichtsrätekommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.
Band I. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil). 8. Auflage. Berlin und Leipzig 1934.
Band II. Recht der Schuldverhältnisse (Einzelne Schuldverhältnisse). 8. Auflage. Berlin und Leipzig 1934.
Band V. Erbrecht. 8. Auflage. Berlin und Leipzig 1935.

Riezler, Erwin: Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.

Rümelin, Max: Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre. Tübingen 1930.

Schreiber, Otto: Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik. I. Band. Leipzig 1914.

Siber, Heinrich: Schuldrecht. Leipzig 1931.

— Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. Jherings Jahrbücher Band 70 S. 223 ff. Jena 1921.

Soergel, Hans Theodor: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz.
I. Band. Allgemeiner Teil, Schuldrecht. 4. Auflage. Stuttgart 1929.
II. Band. Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Einführungsgesetz. 4. Auflage. Stuttgart 1929.
Staub, Friedrich: Das Problem des § 313 Satz 2. Breslau 1913.
Staub, Hermann: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bearbeitet von Albert Pinner, Felix Bondi, Wilhelm Gadow, Eduard Heinichen. 14. Auflage. III. Band. Berlin und Leipzig 1933.
von Staudinger, Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Auflage. München, Berlin, Leipzig.
Band I. Allgemeiner Teil. 1925.
Band II. 1. Teil. Recht der Schuldverhältnisse. 1930.
Band II. 2. Teil. Recht der Schuldverhältnisse. 1928.
Band II. 3. Teil. Recht der Schuldverhältnisse. 1929.
Band V. Erbrecht. 1928.
Stoll, Heinrich: Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz. Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt. Herausgegeben von Heinrich Stoll (Beilage zum Band 133 des Archivs für die zivilistische Praxis). S. 60 ff. Tübingen 1931.
Streit, Hans Heinrich: Beiträge zur Lehre von der Vermögensübernahme nach § 419 BGB. unter besonderer Berücksichtigung des Vermögenskaufs. Göttingen 1932.
Strohal, Emil: Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Zweiter Band. 3. Auflage. Berlin 1904.
von Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Band. 1. Hälfte. Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft. München und Leipzig 1914.
Vogels, Werner: Reichserbhofgesetz. 3. Auflage. Berlin 1934.
Wachinger, Michael: Was not tut. Deutsche Richterzeitung. Leipzig 1932. S. 225 ff.
Wöhrmann, Otto: Der Hofesübergabevertrag nach dem Reichserbhofgesetz. Berlin 1935.
Würdinger, Hans: Das subjektive Recht im Privatrecht. Deutsches Recht. Berlin 1935. S. 492 ff.
Zitelmann, Ernst: Zum Recht der Eheanfechtung. Festgabe für Ernst Immanuel Becker. Weimar 1907. S. 143 ff.

A. Der Gegenstand der Aufgabe.

Die Frage, welche Wirkung die nachträgliche Erfüllung eines formwidrig geschlossenen schuldrechtlichen[1]) Vertrages seitens einer Partei auf den Formmangel hat, findet im Gesetz eine verschiedenartige Regelung. Für einige Verträge bestimmt das Bürgerliche Recht ausdrücklich, daß der Formmangel durch die nachträgliche Erfüllung geheilt wird, nämlich bei dem Verpflichtungsvertrag zur Uebertragung eines Grundstücks (§ 313 BGB.), dem Schenkungsversprechen unter Lebenden (§ 518 BGB.) und von Todes wegen (§ 2301 BGB.), sowie dem Bürgschaftvertrag (§ 766 BGB.). In anderen Fällen, nämlich bei dem Verpflichtungsvertrag über gegenwärtiges Vermögen (§ 311 BGB.), bei dem Leibrentenversprechen (§ 761 BGB.) und dem Erbschaftskauf (§ 2371 BGB.), der trotz seiner systematischen Stellung im Erbrecht ein schuldrechtlicher Vertrag ist, schweigt das Gesetz. Aus diesem Schweigen den Willen des Gesetzes zu ergründen, versucht die folgende Darstellung. Sie wählt die genannten Vertragstypen als die praktisch bedeutsamsten des Bürgerlichen Rechts und läßt die sonstigen Schuldverhältnisse (z. B. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis) außer acht. Auch werden die Formvorschriften hier insoweit nicht berücksichtigt, als sie auf dem Parteiwillen beruhen. Bei den Rechtsgeschäften der §§ 311 und 2371 BGB. kommen die Fälle nicht zur Erörterung, in denen der Vermögens- oder Erbschaftskäufer den Preis gezahlt, und bei dem Leibrentenversprechen nach § 761 BGB. der Fall nicht, daß trotz des formlosen Rentenversprechens der Rentenempfänger die Gegenleistung bereits erbracht hat. In allen drei Fällen ist also von folgenden Tatsachen auszugehen: Die Parteien haben einen Verpflichtungsvertrag geschlossen und hierbei die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht beobachtet. Daraufhin ist die Uebertragung des Vermögens, eines Teiles desselben oder die Bestellung eines Nießbrauchs (§ 311 BGB.), die Uebertragung der Erbschaft (§§ 2033, 2371 BGB.), sowie die Leistung von einzelnen Rentenzahlungen (§ 761 BGB.) erfolgt. Die Bedeutung dieser Erfüllungshandlungen für den entsprechenden Vertrag wird darzulegen sein.

---

1) Andere Vertragsverhältnisse, wie familienrechtliche (z. B. Heilung einer formwidrig geschlossenen Ehe gemäß §§ 1317, 1324 BGB.), bleiben außer Betracht.

B. Die Methoden der Rechtsfindung.

Um die aufgeworfenen Fragen zu der richtigen Lösung zu führen, gilt es die Methode zu finden und anzuwenden, die nicht nur in diesem Fall sondern in der rechtswissenschaftlichen Auslegung überhaupt den Vorzug verdient. Dies wird bei der Methode der Fall sein, die in gleicher Weise den Bedürfnissen des gesamten Rechtssystems wie des einzelnen Falles gerecht wird.

In der gegenwärtigen Privatrechtswissenschaft stehen in der Hauptsache zwei Methoden nebeneinander, die ältere begriffsjuristische, die den Verfassern des Bürgerlichen Gesetzbuchs als die allein herrschende galt, und die neuere interessenjuristische Methode, die grundsätzlich zwar überwiegend anerkannt ist[2]), aber auf vielen Teilgebieten der praktischen Durchführung noch harrt. Bevor eine Entscheidung für die eine oder andere Methode oder etwa eine Synthese getroffen werden kann, muß das Wesen der beiden Methoden und ihre Bedeutung für die Rechtsfindung dargelegt werden. Hierfür ist von der Rechtsfindung bei dem einzelnen Fall, der Subsumption eines konkreten Tatbestandes unter einen abstrakten gesetzlichen Tatbestand, auszugehen. In vielen Fällen beschränkt sich die Auslegung auf eine reine Wortauslegung, sie klärt auch scheinbare Gegensätze und Unstimmigkeiten auf und sucht in den einzelnen gesetzlichen Tatbeständen den gemeinsamen Grundgedanken zu finden, um aus ihm dann wieder die Entscheidung für eine Einzelfrage zu treffen und zu begründen. Diese Art der Rechtserkenntnis bezeichnet von Jhering[3]) als Interpretation. Sie ist für ihn die Tätigkeit der niederen Jurisprudenz, die erst die Voraussetzung für die zweite, höhere Stufe der Jurisprudenz, die Konstruktion, sein soll. Beschäftigt sich die Interpretation nur mit der Auslegung und Ordnung der Gesetze, so dient die Konstruktion nicht nur einer guten systematischen Darstellung des Stoffes, sondern sie ist auch eine unversiegbare Quelle neuer Rechtssätze. Hierzu wird sie nach von Jhering[4]) dadurch befähigt, daß sie sich Rechtsbegriffe schafft. Diese Begriffe entstehen durch die Zusammenfassung des zueinander gehörigen Rechtsstoffes, sie erwachsen aus der Rechtssubstanz. Ihnen kommt dadurch eine besondere Bedeutung zu, daß sie zu juristischen Existenzen werden und mit individuellem Leben ausgestattet sind. Die Begriffe sind also selbständige Rechtskörper, denen eine objektive und damit

2) Nipperdey in GruchBeitr. 73. Jahrgang S. 130.
3) Geist des Römischen Rechts, 2. Teil, 2. Abt., S. 358.
4) a. a. O. S. 360.

rechtsschöpferische Bedeutung zukommt [5]), wie die Naturwissenschaft sie ihren Elementen zuschreibt. Unter diesem Gesichtspunkt nennt von Jhering [6]) diese Methode auch die naturhistorische und findet in ihr das Geheimnis der Jurisprudenz. Gegenüber dieser mehr formellen Rechtsbetrachtung betont die Interessenjurisprudenz mit Recht den materiellen Gehalt des Gesetzes. Auch von Jhering hat auf die Bedeutung des Zwecks im Recht hingewiesen und den Bildungsprozeß des Rechts als einen Kampf der Interessen geschildert [7]). Die Interessenjurisprudenz betrachtet den gesetzlichen Tatbestand als eine Entscheidung über die einzelnen gegeneinanderstehenden, keinesfalls ausschließlich materiellen Interessen, soweit diese von der Rechtsordnung anerkannt sind. Daher rührt auch ihr Name „Interessenjurisprudenz" her. Mit Interesse wird der Wert eines Gutes für eine bestimmte Person oder einen Personenkreis bezeichnet [8]). Das Interesse hat also eine objektive und eine subjektive Seite, nämlich einmal den Wert des Gutes als solchen und dann diesen Wert im Hinblick auf einen Interessenten. Im Anschluß an E. Fr. Bruck [9]) werden hier die vom Gesetz geschützten Interessen geschieden in solche, die auf einem Rechtsverhältnis beruhen, und in solche, die in einem subjektiven Rechte ihre Anerkennung finden. Aber nicht allein diese beiden Gruppen finden im Gesetz Berücksichtigung, sondern hinzu kommt in einigen Fällen das berechtigte Interesse, das durch eine besondere Sachlage begründet sein kann. Welcher Wert diesen verschiedenen Interessen jeweils zukommt, entscheidet jeder selbständige Rechtssatz [10]). Die Grundsätze, nach denen die vom Gesetz berücksichtigten Interessen untereinander abzuwägen sind, hat der Gesetzgeber also im Gesetz, der Summe der einzelnen Rechtssätze niedergelegt, und diese Rangordnung ist dann für die Rechtsfindung von maßgebender Bedeutung. Soweit sich aus dem Gesetz ein Maßstab für den Wert der Interessen nicht herleiten läßt, muß dieser aus den Auffassungen der herrschenden Rechtsidee gewonnen werden. Der Rechtsprechung ist es auch in diesen Fällen leicht möglich, ihre Entscheidungen mit der das Rechtsleben tragenden Lebensanschauung zu verbinden [11]). Ihren Wert erweist die hier geschilderte Methode besonders bei der Ergänzung fehlender Gebote, wo sich die Rechtsfindung nicht auf die logische Subsumption des Sachverhalts unter die gesetzliche Norm beschränken kann, sondern alle vom Gesetz für schutzwürdig befundenen Interessen zu beach-

---

5) Heck, Grundriß des Schuldrechts, Anh. § 2 S. 474.

6) a. a. O., S. 358 und S. 361.

7) von Jhering, Zweck im Recht, Bd. I S. 199.

8) E. Fr. Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte, S. 103.

9) a. a. O., S. 104 und S. 109.

10) Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, ArchZivPrax. Bd. 133 Beilageheft S. 67.

11) Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 67; Würdinger, Das subjektive Recht im Privatrecht, Deutsches Recht, Jahrgang 1935 S. 492/493.

ten hat[12]). Ist wie in den hier noch zu untersuchenden Fällen kein gesetzlicher Tatbestand gegeben, so sind zunächst die verschiedenen Interessen in dem einzelnen Streitfall aufzuzeigen. Finden sich vom Gesetz geregelte, ähnliche Fälle, so ist der in ihnen entschiedene Interessenkonflikt auf die offenen Fragen entsprechend anzuwenden. Dieses Verfahren der Analogie ist nichts neues, jedoch gibt ihm erst die Interessenjurisprudenz die richtige Begründung und damit die notwendige Voraussetzung für das richtigere Ergebnis und die Rechtssicherheit. Auch das Reichsgericht findet in einigen Entscheidungen Begründungen, die an Gedankengänge der Interessenjurisprudenz anklingen. So wenn es seine Aufgabe darin sieht, vor der juristischen Konstruktion die Wirklichkeiten des Lebens und die Macht der Tatsachen zu berücksichtigen[13]), und bei Rechtsgeschäften vermögensrechtlichen Inhalts die Entscheidung vornehmlich im Hinblick auf wirtschaftliche Interessen zu treffen[14]). Diese Ausführungen berechtigen aber nicht zu dem Schluß, das Reichsgericht verfahre grundsätzlich bei der Rechtsfindung nach den Methoden der Interessenjurisprudenz. Nur gelegentlich einer juristischen Untersuchung oder Konstruktion stellt sich die Frage nach den in Betracht kommenden Interessen und der Zweckmäßigkeit der gefundenen Lösung ein. Hierin besteht der Unterschied zur Interessenjurisprudenz, die immer auf den jeweiligen Interessen ihre Entscheidung begründet[15]). Die Interessenjurisprudenz sucht also nie aus bloßen Ordnungsbegriffen Rechtsnormen zu gewinnen sondern geht bei der Rechtsfindung von den in Frage kommenden Interessen aus, nicht um sie zu definieren, sondern um mit ihnen anstatt mit Hilfe der Begriffe die Konflikte zu lösen[16]). Die Interessenjurisprudenz findet den Willen des Gesetzgebers darin, daß jeder Rechtssatz ein Werturteil über die vorhandene Interessenlage abgibt, während die Begriffsjurisprudenz den Willen des Gesetzgebers in den Rechtssätzen und den in ihnen enthaltenen Begriffen erkennt[17]). Im Gegensatz hierzu weist Binder[18]) darauf hin, daß auch die teleologische Methode bei der Normgewinnung von dem Begriff ausgehen könne; denn jeder Begriff werde aus einem zweckgebundenen Rechtssatz gewonnen. Die Begriffsjurisprudenz habe statt des abstrakten den konkreten Begriff anzuwenden, so daß sich Gebots- und Interessenbegriff nicht unterschieden. Diese Kritik Binders betrifft, was Heck[19]) einzuräumen ist, die Art der Begriffsbildung und nicht der

12) Heck, a. a. O., S. 20.

13) RGZ. Bd. 99 S. 234; Bd. 100 S. 132.

14) RGZ. Bd. 102 S. 272 (S. 274).

15) Lehmann, ArchZivPrax. Bd. 138 S. 97.

16) von Jhering, Geist des Römischen Rechts, 2. Teil, 2. Abt. S. 364.

17) Stoll, a. a. O., S. 70.

18) Bemerkungen zum Methodenstreite in der Privatrechtswissenschaft, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 100 S. 68, 74-78.

19) Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, ArchZivPrax. Bd. 147 S. 147.

Normgewinnung, aber nur mit dieser beschäftigt sich der Methodenstreit. In diesem Zusammenhang muß gesagt werden, daß auch die Interessenjurisprudenz die Begriffe nicht entbehren kann, sondern ihr als Darstellungsmittel und zu Ordnungszwecken dienen [20]). Die Begriffsjurisprudenz braucht den Zweckgedanken, um ihre Ergebnisse zu überprüfen, und die Interessenjurisprudenz die Begriffe, um zu den gesuchten Lösungen zu gelangen. Unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes weisen die Ausführungen Binders auf gewisse Gemeinsamkeiten beider Richtungen hin, was gleichfalls Hönigswald [21]) zutreffend bemerkt, daß nämlich der Begriff irgendeinen bestimmten Gegenstand erfasse, so zum interessenbezogenen Begriff werde, und das Interesse nur als begrifflich bestimmtes juristisch erheblich sei. Als Beleg hierfür mag noch die Entstehungsgeschichte eines jeden Gesetzes angeführt werden, das sich der vorhandenen Begriffe und der in ihnen zum Ausdruck gekommenen Interessenwertungen bedienen muß und diese damit gesetzlich anerkennt [22]). Nach dem bisherigen Ergebnis hat die Rechtsfindung von der Interessenlage auszugehen, die dem einzelnen Fall eigen ist.

Neben diesem Gesichtspunkt der Interessenlage will Müller-Erzbach [23]) noch dem der von ihm sogenannten Herrschaftslage Beachtung geschenkt wissen. Er versteht hierunter eine gewisse Herrschaft der Stellung der einen Partei gegenüber der Stellung der anderen Partei. Dabei sei nicht allein an eine äußerliche Herrschaftsmöglichkeit zu denken. Müller-Erzbach faßt damit die Stellung der Parteien als Machtlage auf, die zu einem Machtmißbrauch führen kann [24]). Fälle für Herrschaftslagen sind z. B. das Wandelungsrecht des Gläubigers, und das Recht, Schadensersatz in Geld oder in natura fordern zu können. Wesentlich ist, daß Müller-Erzbach die beiden Betrachtungsformen, die Interessenlage und die Herrschaftslage, nicht notwendig als miteinander verbundene sondern auch als getrennt vorkommende Wege der Rechtsfindung sieht [25]). Möglicherweise gehen daher diese beiden Betrachtungsformen entgegengesetzte Wege und führen zu entgegengesetzten Resultaten. Die Rechtsfindung nach den Grundsätzen der Herrschaftslage stellt also hiernach eine weitere Methode neben der Interessenjurisprudenz dar. Heck [26]) hält der Theorie von der Herrschaftslage entgegen, daß sie einen neuen Ordnungsbegriff, den der „Herrschaftslage" schaffe, indem sie die einzelnen Rechtsinstituten gemeinsamen Merkmale zusammenfasse. Müller-Erz-

---

20) Stoll, a. a. O., S. 77.
21) „Begriff" und „Interesse". ArchZivPrax. Bd. 138 S. 5, 6, 9 und 15.
22) Rümelin, Erlebte Handlungen in Wissenschaft und Lehre, S. 36.
23) Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen? S. 17.
24) Müller-Erzbach, a. a. O., S. 21.
25) Heck, ArchZivPrax. Bd. 140 S. 275.
26) a. a. O., S. 277 ff. und S. 282.

bach[27]) betont aber nunmehr, der Gesichtspunkt der Herrschaftslage wolle nicht durch Begriffe einschränken sondern nur gewisse Zusammenhänge erschließen. In dieser Feststellung liegt die Bedeutung des neuen Gesichtspunktes der Herrschaftslage. Im Rahmen der Interessenjurisprudenz kann er seine Tätigkeit entfalten und bei der Rechtsfindung in einzelnen Fällen die jeweiligen Interessen in ihrem Verhältnis zueinander verdeutlichen.

Endlich darf die Interessenjurisprudenz nicht mit der Freirechtslehre verwechselt werden. Im Gegensatz zu dieser fordert sie die historische Auslegung, nämlich die Interessen so zu bewerten, wie dies der Gesetzgeber getan hat oder, wenn eine solche Wertung fehlt, wie er dies tuen würde. Bei der Interessenjurisprudenz bleibt deshalb entgegen einigen Lehren in der Freirechtslehre für eine rein subjektive Rechtsfindung kein Raum[28]).

Die Interessenjurisprudenz verbietet also aus reinen Ordnungsvorschriften Rechtsfolgen abzuleiten. Sie sieht vielmehr die gesetzliche Norm als eine Entscheidung über gegeneinanderstehende Interessen an, stellt deshalb bei der Rechtsfindung die Frage nach den jeweiligen Interessen und will an Hand der gesetzlichen Norm und deren Werturteile eine Entscheidung über die Interessen treffen. Soweit das Gesetz Lücken läßt, zieht sie für die Abwägung der Interessen die Werturteile der Rechtsgemeinschaft heran. Von diesen Gedanken werden sich auch die folgenden Ausführungen leiten lassen. Eine Heilung von Formmängeln wird nur dann in Frage kommen können, wenn die Interessen, denen die Form dienen soll, auch durch die nachträgliche Erfüllung gewahrt werden; denn die Erkenntnisse der Interessenjurisprudenz müssen auch für die Formfragen gelten. Der Meinung von Jhering[29]), es komme nicht darauf an, ob die Parteien, die mit einer Formvorschrift verfolgten Zwecke auch auf andere Weise erreichen könnten, kann daher vom Standpunkt der Interessenjurisprudenz insoweit nicht zugestimmt werden, als das Gesetz die Möglichkeit gibt, daß die dem Rechtsgeschäft zugrundeliegenden Interessen auch auf andere Weise, zum Beispiel durch die Erfüllung des Vertrages, gewahrt werden können.

Im folgenden wird unter dem Gesichtspunkt der Interessenjurisprudenz zu den bisherigen Lösungen der Frage, ob die formwidrig geschlossenen Rechtsgeschäfte der §§ 311, 761 und 2371 BGB. durch die nachträgliche Erfüllung geheilt werden, Stellung zu nehmen sein.

---

27) ArchZivPrax. Bd. 142 S. 7 ff.
28) Stoll, a. a. O., S. 71 und S. 73.
29) Geist des Römischen Rechts, Bd. II 2. Teil, S. 475-476.

C. Die Heilung von Formmängeln durch nachträgliche Erfüllung laut gesetzlicher Vorschrift.

I. Die einzelnen Rechtsgeschäfte.

Um eine Lösung der gestellten Fragen im Einklang mit den Forderungen der Interessenjurisprudenz zu erzielen, ist hier von den Rechtsgeschäften auszugehen, bei denen das Gesetz über die Frage der Heilung eines Formmangels eine ausdrückliche Regelung getroffen hat. Der Veräußerungsvertrag über ein Grundstück sowie das Schenkungsversprechen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, das Bürgschaftsversprechen bedarf der Schriftlichkeit. Werden diese Verträge, bei denen das Gesetz ausdrücklich den Formmangel durch die nachträgliche Erfüllung heilen läßt, formwidrig abgeschlossen und nicht nachträglich erfüllt, so sind sie gemäß § 125 BGB. nichtig. Ist z. B. ein Grundstücksveräußerungsvertrag formlos geschlossen worden, so kann vor der Heilung des Vertrages nach § 313 Satz 2 BGB. eine Pfändung des Kaufpreises nicht erfolgen, da eine Forderung noch nicht entstanden ist. Die Vorschrift des § 814 BGB., daß die Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn die Leistung einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach, findet hier keine Anwendung; denn eine Pflicht, sein Wort zu halten, trotzdem der Vertrag wegen Formmangels nichtig ist, kann vom Gesetz nicht geduldet werden[30]), da in diesen Fällen nur das in der gesetzlich vorgeschriebenen Form gegebene Versprechen Gültigkeit haben soll. Wird der Vertrag aber seitens der Parteien nachträglich erfüllt, so tritt hierdurch eine ähnliche Wirkung ein wie bei der Bestätigung nach § 141 BGB. Die Meinung der Motive[31]), die freiwillige formlose Erfüllung des obligatorischen Vertrags ändere an seiner Nichtigkeit nichts, da die in der Erfüllung liegende formlose Willensäußerung sich von der vorangegangenen Willensäußerung nicht unterscheide, wird vom Gesetz in den genannten Fällen widerlegt. Das Gesetz macht also Ausnahmen von dem Grundsatz der Nichtigkeit des formwidrigen Rechtsgeschäfts, obwohl in § 125 BGB., der sonst[32]) vorkommende Vorbehalt, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt", fehlt. Fr. Staub[33]) ist der Meinung, § 313 BGB. bilde keine Ausnahme von dem Grundsatz des § 125 BGB. § 313

30) Prot. Bd. II S. 696.
31) Bd. I S. 381.
32) z. B. § 134 BGB.
33) Das Problem des § 313 Satz 2 S. 22.

BGB. kenne zwei Arten von Verträgen, den formlosen und den formgebundenen. § 313 BGB. lassen den formgebundenen Vertrag zwar zu, fordere ihn aber nicht. Entspreche ein Vertrag nicht dem Satz 1 dann entspreche er dem Satz *2* des § 313 BGB. Die Unrichtigkeit dieser Auslegung geht daraus hervor, daß § 125 BGB. dem Allgemeinen Teil des Gesetzbuchs angehört und eine Regel für das gesamte System aufstellt, der sich auch § 313 Satz 1 BGB. unterstellt, während Satz *2* des § 313 BGB. eine Ausnahme von Satz 1 macht. Durch die nachträgliche Erfüllung des formwidrig geschlossenen Rechtsgeschäfts wird nur der Formmangel geheilt, dagegen keine Mängel, die auf einem anderen Grund beruhen, z. B. Verstoß gegen die guten Sitten oder Geschäftsunfähigkeit eines Vertragsteils. Leidet der Vertrag also an anderen als Formmängeln, so bleibt er nichtig. Die Heilung des Formmangels hat das Gültigwerden des Vertrags zur Folge, der bisher an einem Formmangel leidende Vertrag wird vollwirksam; denn das Wesen des formwidrig abgeschlossenen aber heilbaren Rechtsgeschäfts besteht darin, daß durch die nachträgliche Erfüllung zwar keine Verpflichtung wohl aber ein rechtfertigender Grund für die Leistung entstanden ist[34]). In diesem Fall ist nicht nur der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ausgeschlossen, sondern alle Abreden zu Lasten und zu Gunsten der Beteiligten werden wirksam. Deutlich zeigt sich hier die für den Bestand eines Vertrages entscheidende Wirkung der Heilung von Formmängeln. Für die Erfüllung eines formlosen Verpflichtungsvertrages zur Grundstücksübertragung haften die Parteien also nicht. Der Vertrag wird aber gemäß § 313 Satz *2* BGB. dann gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Beide Voraussetzungen müssen zum Wirksamwerden des Vertrages vorliegen, wenn die Beteiligten auch nach §§ 873 Abs. *2*, 925 BGB. an die Einigung bezüglich des Eigentumsüberganges schon vor der Eintragung gebunden sind. Hierzu betont die herrschende Lehre[35]) mit Recht, daß der Wille der Parteien zur Zeit der Auflassung noch an der formlosen Vereinbarung festhalten müsse. Die Meinung von Fr. Staub[36]), einer Uebereinstimmung des Parteiwillens bedürfe es hier nicht, und deshalb könne in der Auflassung und Eintragung keine Bestätigung im Sinne des § 141 BGB. gesehen werden, weil die Bestätigung vom Parteiwillen abhängig sei, ist irrig. Denn dadurch, daß die Parteien nachträglich das Rechtsgeschäft erfüllen, zeigen sie ihren Willen, an den Vereinbarungen festhalten zu wollen. Wenn das Gesetz den Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig werden läßt, so bringt es damit zum Ausdruck, daß der Verpflichtungsvertrag nicht nur, soweit er die Eigentumsübertragung bezüglich

34) von Tuhr, II. Bd., 1. Hälfte, S. 504 und S. 505 mit Anm. 60.

35) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I S. 281 und die dort Zitierten.

36) a. a. O. S. 24.

des Grundstücks rechtfertigt, wirksam geworden ist, sondern auch bezüglich der Gegenleistung, auf die der Verkäufer also einen Anspruch erhält. Aus der Erörterung des § 313 BGB. ergibt sich noch, daß zur Heilung eines Formmangels Vertragserfüllung durch den Erwerber nicht erforderlich ist. So wird nach § 313 Satz 2 BGB. der schuldrechtliche Vertrag wirksam, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Die Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer wird nicht gefordert. Es genügt die Erfüllung seitens des Veräußerers. Die Mitwirkung des anderen Teils ist nur insoweit erforderlich, als die Gültigkeit der Erfüllungshandlung davon abhängt. Der Grund für diese gesetzliche Regelung ist darin zu suchen, daß der Schutz des Veräußerers hier voransteht, dieser Wille des Gesetzes aber durch die Form der Uebereignung genügend gewahrt wird. Wie in § 313 Satz 2 BGB. ein Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig wird, so wird bei dem Schenkungsversprechen der Formmangel durch die Bewirkung der versprochenen Leistung „geheilt" (§ 518 Abs. 2 BGB.). Dieselbe Wendung findet sich auch bei der Bürgschaft: „Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt" (§ 766 Satz 2 BGB.). Die verschiedene Ausdrucksweise des Gesetzes besagt in allen drei Fällen dasselbe, nämlich die Heilung des Formmangels durch die nachträgliche Erfüllung. Diese Wirkung tritt unabhängig davon ein, ob die Parteien den Formmangel des Vertrages kannten. Zur Heilung ist erforderlich, daß die versprochene Leistung bewirkt wird. So muß z. B. in dem Falle eines nichtigen Schenkungsversprechens die versprochene Leistung erbracht werden, die Abgabe eines neuen Schenkungsversprechens reicht nicht aus. Beim Bürgschaftsversprechen kann die Heilung des Vertrages nur durch die Bewirkung der Bürgenleistung erfolgen. Möglich ist aber auch die Leistung durch die Erfüllungssurrogate (z. B. durch Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung) [37]).

In welcher Weise die Leistung zu bewirken ist, richtet sich nach deren Inhalt, also nach den für die Uebertragung von Sachen oder Rechten geltenden Vorschriften [38]).

Wird die Leistung ihrem ganzen Umfange nach bewirkt, so wird der Vertrag auch entsprechend vollständig gültig. § 313 Satz 2 BGB. bestimmt deshalb, daß die Auflassung und Eintragung des Grundstücks den Vertrag völlig also auch hinsichtlich der im Zeitpunkt der Auflassung bestehenden aber noch nicht erfüllten Nebenabreden gültig machen. Liegt ein wegen Formmangels nichtiger Verpflichtungsvertrag über mehrere Grundstücke vor, und ist auf Grund dieses Vertrages die Auflassung und Eintragung gemäß § 313 Satz 2 BGB. nur eines Grundstücks erfolgt, so kann auch die Heilung des Verpflichtungsvertrages nur insoweit angenommen

37) RG. in HRR. 1933 Nr. 1003.
38) Mot. Bd. II S. 294.

werden, als er dieses eine Grundstück betrifft. Für die Bürgschaft ist in § 766 BGB. ausdrücklich bestimmt: „Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt". Hier ist bei nur teilweiser Erfüllung auch die entsprechend teilweise Heilung vorgesehen. Für den Rest der Hauptverbindlichkeit bleibt die Verbürgung infolge des Formmangels unwirksam [39]). Für den Fall der Bürgschaft sieht das Gesetz also eine Heilungsmöglichkeit des gesamten wie eines Teiles des Bürgschaftsversprechens vor. Diese Vorschrift erklärt sich daraus, daß bei der Bürgschaft die geschuldete Leistung teilbar und nur der Gläubiger aus dem Vertrage berechtigt ist. Schwierigkeiten für die Bestimmung der Gegenleistung können bei nur teilweiser Heilung nicht entstehen, da bei der Bürgschaft eine Gegenleistung fehlt. Aus den gleichen Erwägungen ist auch bei der Schenkung eine teilweise Heilung bei nur teilweiser Erfüllung möglich. Auch hier bleibt der nichterfüllte Teil des Schenkungsversprechens ungültig, so daß die Erfüllung dieses Vertragsteils nicht beansprucht werden kann [40]). Wird in den drei besprochenen Fällen der Vertrag nachträglich erfüllt, so tritt die Heilung des Formmangels unabhängig davon ein, ob die Leistung in Kenntnis oder Unkenntnis des Mangels der Form erbracht und angenommen wird.

Nach § 15 Abs. 3 GmbHGes. bedarf der Vertrag über die Abtretung von Geschäftsanteilen einer G. m. b. H. der gerichtlichen oder notariellen Form. Nach Abs. 4 des § 15 GmbHGes. gilt das gleiche für den Vertrag, durch den ein Gesellschafter sich zur Abtretung von Geschäftsanteilen verpflichtet; Abs. 4 fügt jedoch hinzu, daß ein formlos geschlossener Verpflichtungsvertrag durch den in gerichtlicher oder notarieller Form geschlossenen Abtretungsvertrag gültig wird. Durch eine wirksame nachträgliche Erfüllung des Vertrages wird der Formmangel also geheilt. Von einer Erörterung dieser Bestimmung wird hier deshalb abgesehen, weil man einer Anwendung der dem § 15 Abs. 3 und 4 GmbHGes. zu Grunde liegenden Interessen auf die hier in Betracht kommenden Fällen entgegenhalten könnte, daß die Stellung des § 15 im GmbHGes. und damit im Handelsrecht schon auf seinen Ausnahmecharakter gegenüber dem Bürgerlichen Recht hinweise, die rechtsgeschäftlichen Erleichterungen des Handelsrechts im Bürgerlichen Recht keine Berücksichtigung finden könnten, sondern dessen anders gelagerte Interessen auch eine andere Lösung bedingten.

II. Die Gründe für die Heilung der Formmängel.

Die Heilung von Formmängeln durch nachträgliche Erfüllung ist nur bei der Veräußerung einer Liegenschaft, bei der Schenkung und bei der Bürgschaft ausdrücklich im Bürgerlichen Recht vor-

39) So auch die herrschende Lehre: RGZ. Bd. 76 S. 195 (198 ff.); Staudinger-Engelmann, Bem. 2c zu § 766.

40) Ebenso die herrschende Lehre: RGZ. Bd. 77 S. 333 (335).

gesehen. Allein aus diesen Rechtsgeschäften können deshalb die Rechtssätze gewonnen werden, auf Grund deren eine Entscheidung in den Fällen der §§ 311, 761 und 2371 BGB. zu treffen ist.

Um die Gründe für diese gesetzliche Regelung in den §§ 313, 518 und 766 BGB. aufzeigen zu können, muß zuvor die Frage nach dem Zweck der Formvorschriften gestellt und beantwortet werden. Erst deren Kenntnis ermöglicht die Gründe zu zeigen, aus denen das Gesetz die formwidrig geschlossenen Verträge gültig werden läßt. In den Fällen der §§ 313 und 518 BGB. verlangt das Gesetz die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, im Falle des § 766 BGB. die Schriftform. Das Gesetz geht von dem Grundsatz der Formfreiheit aus. Die Formvorschriften sind daher Ausnahmebestimmungen. Sie können mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs oder im Hinblick auf die Vertragsparteien bestehen. Im Interesse des rechtsgeschäftlichen Verkehrs kann es liegen, das von den Parteien geschlossene Vertragsverhältnis klar zu erkennen [41]). Die Form verhilft insbesondere dazu, das Geschäft der Oeffentlichkeit kund zu geben und damit der Erleichterung des Beweises zu dienen [42]). Ferner dient die Form dadurch dem Interesse der Allgemeinheit wie der Vertragsparteien, das sie den Abschluß und die Vorverhandlungen zu dem Rechtsgeschäft deutlich unterscheiden läßt, da erst in der Form der Abschluß des Rechtsgeschäfts erkennbar wird. Die Formvorschriften bezwecken weiter den Schutz der Parteien vor Uebereilung [43]); ein unüberlegter formbedürftiger Geschäftsabschluß ist unwirksam, wenn nicht die Form gewahrt ist. Andererseits können die Formvorschriften einer Partei nachteilig sein. Die Partei unterschreibt auf Treu und Glauben, ohne sich der Bedeutung des Vertragsinhalts bewußt zu werden und wird so von einem unlauteren Gegner übervorteilt [44]). Mit dem Erfordernis der öffentlichen Beurkundung in den Fällen der §§ 313 und 518 BGB. sichert das Gesetz den Parteien schließlich noch einen sachverständigen und unparteiischen Rat [45]). Hieraus ergibt sich, daß die Formvorschriften die Bedeutung des Vertragsobjektes hier unterstreichen wollen und mit Rücksicht auf den Leistungsgegenstand und nicht den sonstigen Vertragsinhalt erlassen sind [46]). Der Zweck der Formvorschriften besteht also in der Rücksicht auf die Interessen des Verkehrs und der Parteien. Beide Interessen sind regelmäßig bei den einzelnen Rechtsgeschäften vereinigt, jedoch wiegt meist das eine oder andere Interesse vor. Die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs steht im Sachen-, Familien- und Erbrecht voran, während im Schuldrecht daneben das Parteiinteresse seine Berechtigung hat,

41) Hachenburg, Vorträge, S. 82.
42) Staudinger-Riezler, Bem. 2 zu § 125.
43) Enneccerus, Einleitung, Allgemeiner Teil, 12. Bearbeitung, § 145 II.
44) Motive Bd. I S. 179.
45) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, S. 278.
46) Siber, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Jherings Jahrbücher, Bd. 70 S. 275.

herrschend ist es aber auch hier nicht mehr, sondern muß sich den Forderungen der Gesamtheit unterordnen. Besonders deutlich tritt das bei dem sozialen Charakter des Mietrechts hervor.

Welche Interessen, die der Allgemeinheit oder die der Parteien hier überwiegen, braucht nicht gesagt zu werden, da ein Gegensatz zwischen ihnen nicht bestehen kann; denn das Parteiinteresse hat nur insoweit Geltung, als es mit dem öffentlichen Interesse übereinstimmt oder ihm zumindesten nicht widerstreitet. Nachdem der Zweck der Formvorschriften dargestellt ist, kann auf die Gründe eingegangen werden, aus denen das Gesetz eine Heilung der Formmängel zuläßt.

Da der Verpflichtungsvertrag in § 313 Satz 1 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, so gibt das Gesetz durch die Bestimmung in § 313 Satz 2 BGB. zu erkennen, daß es alle mit dieser Form verbundenen Zwecke als erreicht ansieht, wenn die Eintragung und Auflassung in das Grundbuch erfolgt sind. Durch den formellen Akt vor dem Grundbuchamt wird das Fehlen des formellen Aktes bei Abschluß des Verpflichtungsvertrages aufgewogen [47]); denn wie der formelle Abschluß des Verpflichtungsvertrages, so gewährt erst recht die noch umständlichere Form der Uebereignung alle Sicherheiten, die das Gesetz gewahrt wissen will [48]). In diesem Falle würden die Parteien es sogar als einen Verstoß gegen Treu und Glauben ansehen, wenn ein Vertrag wieder rückgängig gemacht werden könnte, bei dessen Erfüllung das Grundbuchamt selbst mitgewirkt hat [49]).

Der Grund für die Heilung des formnichtigen Schenkungsversprechens durch die Erfüllung gemäß § 518 Abs. 2 BGB. liegt darin, daß die Schenkung vom Gesetz als Realvertrag behandelt wird [50]). Der Grundsatz des § 518 Abs. 2 BGB. ist daher die notwendige Folgerung aus der Bestimmung des § 516 Abs. 1 BGB. Im Gegensatz zu dem Rechtsgeschäft des § 313 BGB. erfolgt hier die Heilung durch die formlose Uebertragung, wie es der Auffassung des Gesetzes in § 516 BGB. über die Schenkung als einem Realvertrag entspricht. Nach den §§ 516, 518 Abs. 2 BGB. vermag also die formlose Uebertragung den der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung unterliegenden Verpflichtungsvertrag zu heilen.

In dem Fall des § 766 Abs. 2 BGB. bringt das Gesetz dadurch, daß es die Heilung ermöglicht, den Gedanken zum Ausdruck, daß es einen Schutz des Verpflichteten nicht mehr für geboten hält, wenn dieser freiwillig erfüllt. Der Bürge verpflichtet sich meist in der Erwartung, daß er nicht zu haften brauche, da der Hauptschuldner erfüllen werde [51]). Kann der Hauptschuldner aber seinen

47) Mugdan, Materialien, Bd. II S. 104 ff., S. 618 ff.
48) Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., S. 163 Anm. 43.
49) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, Bd. I S. 281.
50) Staudinger-Kober, Bemerkungen 7a zu § 518.
51) Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 10. Bearbeitung, § 411 II (S. 563).

Verpflichtungen nicht nachkommen, und leistet der Bürge trotz des formlosen und darum nichtigen Bürgschaftsversprechens, so fällt die Notwendigkeit der ihn schützenden Form weg [52]); denn die Erwartung des Bürgen, er werde nicht in Anspruch genommen werden, fehlt jetzt und bedarf deshalb auch keines Schutzes mehr. Ein Rechtsschutzbedürfnis des Bürgen steht dem Wirksamwerden des Bürgschaftsversprechens nicht mehr entgegen.

Sowohl der Veräußerer des Grundstücks, wie der Schenker und der Bürge, um derentwillen die Formvorschriften vorwiegend erlassen sind, geben durch die Erfüllung des wegen des Formmangels nichtigen Vertrages zu erkennen, daß sie auf die Möglichkeit, die Erfüllung abzulehnen, verzichten und freiwillig leisten wollen. Damit hat die Form, soweit sie als Warnungsruf dient, ihren Zweck erfüllt. Aus der Erörterung aller dei Fälle ergibt sich, daß die Zwecke, die das Gesetz mit dem Erfordernis einer bestimmten Form erreichen will, auch durch die nachträgliche Erfüllung gewahrt werden. Weiter ist deutlich geworden, daß zwar in dem Falle des § 313 BGB. die Erfüllungsbehandlung auch durch einen formellen öffentlichen Akt bewirkt werden muß, daß aber in den beiden anderen Fällen, dem des Schenkungs- und dem des Bürgschaftsversprechens, die Erfüllung in einem formlosen Akt geschehen kann. Besonders bemerkenswert ist der Fall des Schenkungsversprechens, der zu einer anfänglichen Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, zur Heilung aber nur der formlosen Erfüllung. Gemeinsam ist allen drei Fällen, daß die Heilung des Formmangels nur eintritt, wenn die Leistung erbracht ist, hinsichtlich deren der Leistende durch die Formvorschriften geschützt werden soll. Mit der Heilung entsteht auch der Anspruch auf die Gegenleistung, soweit wie im Falle des § 313 BGB. eine solche geschuldet wird. Im umgekehrten Fall, wenn also nur die Gegenleistung erbracht ist, erfolgt dagegen die Heilung des Formmangels nicht. Auf Grund der bisherigen Ausführungen ergibt sich also, daß der Zweck der Form für die Rechtsgeschäfte wesentlich ein vorbeugender, einstweiliger und deshalb vorübergehender ist, daß der Form keine selbständige, sondern nur eine von dem jeweiligen Rechtsgeschäft abhängige Bedeutung zukommt. Die Form ist also Hilfsmittel für die Parteien, den Rechtsverkehr und den Nachweis der Existens des Rechtsgeschäftes. Ist das Rechtsgeschäft erfüllt, und damit sein wirtschaftlicher Zweck erzielt, so ist kein Grund vorhanden, es dann noch rückgängig zu machen [53]).

52) Staudinger-Engelmann, Bem. 2c zu § 766.
53) Reichel, ArchZivPrax. Bd. 104 S. 1 ff., S. 32.

D. Die Heilung von Formmängeln durch nachträgliche Erfüllung bei fehlender gesetzlicher Vorschrift.

I. Die Ergebnisse auf Grund der begriffsjuristischen Methode.

1. Die Anwendung des argumentum e contrario.

In den bisher erörterten Fällen beruht die Heilung der Formmängel auf ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift. Im folgenden handelt es sich um die Rechtsgeschäfte, bei denen eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift über die Heilung der Formmängel fehlt. Bei diesen Rechtsgeschäften, nämlich dem Verpflichtungsvertrag über gegenwärtiges Vermögen gemäß § 311 BGB., dem Leibrentenversprechen gemäß § 761 BGB. und dem Erbschaftskauf gemäß § 2371 BGB. ist die Frage der Heilung von Formmängeln dem Wortlaut des Gesetzes nach durchaus offen, da das Gesetz die Heilung der Formmängel weder ausdrücklich anordnet noch ausdrücklich verbietet. Den Gründen nachzugehen, warum das Gesetz weder die eine noch die andere Regelung getroffen hat, sondern schweigt, ist wohl vergebens. Man kann diese Gründe mit Zitelmann [54]) darin sehen, daß sich technische Mängel im Gesetz finden lassen; mit einiger Sicherheit läßt sich diese Frage nicht entscheiden. Sie ist auch für das Ziel dieser Ausführungen, welche Bedeutung nämlich die nachträgliche Erfüllung für die wegen Formmangels nichtigen Rechtsgeschäfte der §§ 311, 761 und 2371 BGB. hat, unerheblich.

In diesem Abschnitt werden die Ansichten zu Worte kommen, die für die Rechtsgeschäfte der §§ 311, 761 und 2371 BGB. im Falle des formwidrigen Vertragsabschlusses eine Heilung durch nachträgliche Erfüllung seitens einer Partei ablehnen. Es wird sich hierbei um die Stimmen handeln, die zu dieser Ablehnung nicht auf Grund einer Prüfung der in Betracht kommenden Interessen gelangen. Die Vertreter dieser Meinung stützen sich auf die Bestimmung des § 125 BGB., wonach ein Rechtsgeschäft, dem die durch Gesetz vorgeschriebene Form fehlt, nichtig ist. Sodann schließen sie aus der Tatsache, daß das Gesetz in den Fällen der §§ 313, 518 und 766 BGB. die Heilung durch Erfüllung anordnet, daß es in den Fällen der §§ 311, 761 und 2371 BGB. umgekehrt sein müsse, weil in diesen Fällen eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung nicht vorhanden sei. Diese Art der Rechtsfindung beruht

54) Zum Recht der Eheanfechtung, S. 158/159.

auf dem argumentum e contrario. Planck-Flad [55]) finden denn auch in dem Schweigen des Gesetzes einen Grund dafür, die Heilung durch nachträgliche Erfüllung abzulehnen. Diese Ansicht teilten wohl auch die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches; denn auch die Motive [56]) sprechen sich dafür aus. Nach dieser Meinung handelt es sich in den Fällen der §§ 313 Satz 2, 518 und 766 BGB. um Einzelvorschriften, der Grundsatz der unbedingten Nichtigkeit gemäß § 125 BGB. sei hier von Ausnahmen durchbrochen, was das Gesetz durch die Aufzählung der einzelnen Bestimmungen zu erkennen gebe. Für die anderen Fälle, in denen das Gesetz eine solche ausdrückliche Bestimmung nicht getroffen habe, sei ein Umkehrschluß (argumentum e contrario) daraus zu gewinnen; für diese Fälle sei eine Heilung also nicht vorgesehen, und es verbleibe hier bei dem Prinzip der unbedingten Nichtigkeit gemäß § 125 BGB. Auch von Tuhr [57]) meint de lege lata diese Auffassung vertreten zu müssen, wenn er auch der Ansicht ist, daß es nahe läge, aus den Bestimmungen über die Heilung von Formmängeln gemäß §§ 313, 518 und 766 BGB. einen allgemeinen Grundsatz zu entnehmen, der auf alle wegen Formfehler nichtigen Geschäfte anzuwenden wäre, insbesondere auch auf die Verträge gemäß §§ 311, 761 und 2371 BGB. Ferner halten Staub-Gadow [58]) daran fest, daß nur die Fälle der §§ 313, 518 und 766 BGB. vom Gesetz als Ausnahmen von dem Grundsatz der Nichtigkeit gemäß § 125 BGB. zugelassen seien. Dieser Ansicht ist auch Werner in der neuesten Auflage des Kommentars von Düringer-Hachenburg [59]) beigetreten. Das Formerfordernis und seine Bedeutung sei in jedem einzelnen Fall vom Bürgerlichen Gesetzbuch besonders geregelt, ohne einen einheitlichen Grundsatz erkennen zu lassen; bei den Rechtsgeschäften gemäß § 311, 761 und 2371 BGB. trete daher eine Heilung durch Erfüllung nicht ein.

Die bisher dargelegte Rechtsauffassung ist in der Rechtsprechung insbesondere auch der des Reichsgerichts herrschend [60]). Die Nichtigkeit des gegen die Formvorschrift des § 311 BGB. verstoßenden Vertrages kann nach Ansicht des Reichsgerichts durch die nachträgliche Erfüllung nicht geheilt werden. Eine Heilung kann nach der Meinung des Reichsgerichts in den Fällen des § 311

55) Kommentar zum BGB., Erl. 3b zu § 125.

56) Bd. I S. 183. Die gleiche Ansicht vertreten Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I Bem. 1 zu § 125; Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Bem. 4a zu § 125; Oegg im Reichsgerichtsrätekommentar, Anm. 2 zu § 125, sowie Enneccerus, Einleitung, Allgemeiner Teil, 12. Bearbeitung, § 145 III 2.

57) Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. Hälfte, S. 504.

58) Kommentar zum HGB., § 350 Anm. 82 und 83.

59) Kommentar zum HGB., 3. Aufl., Bd. IV S. 33 Anm. 35 und bei Staudinger, Bem. 2c zu § 311. Dagegen Riezler bei Staudinger, Bem. II 5 zu § 125.

60) OLG. Frankfurt in Rspr. der OLG. Bd. 8 S. 35; OLG. Marienwerder in Rspr. der OLG. Bd. 17 S. 376; RGZ. Bd. 76 S. 3; Bd. 61 S. 285; Bd. 137 S. 324 (350). In SeuffArch. Bd. 75 Nr. 148 läßt das Reichsgericht eine Konversion des nichtigen Rechtsgeschäfts gemäß § 140 BGB. zu.

BGB. bezüglich der Grundstücke nur dann in Frage kommen, wenn anzunehmen ist, daß dieser Teil des Rechtsgeschäfts auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Die Heilung bezüglich der Grundstücke soll in entsprechender Anwendung des § 313 BGB. geschehen. Diesen Ausführungen des Reichsgerichts schließen sich Michaelis [61]) und Planck-Siber [62]) in vollem Umfange an. Auch bei Höhn [63]) findet sich offenbar diese Auffassung, wenn er bemerkt, daß die Uebertragung der einzelnen Vermögensstücke oder des ganzen Vermögens gültig ist, trotzdem der nach § 311 BGB. zu Grunde liegende Vertrag wegen Formmangels nichtig ist, und hinzufügt, eine Rückforderung der übertragenen Gegenstände sei gemäß § 812 BGB. möglich. Die Heilung des Kausalvertrages durch nachträgliche Erfüllung lehnt er mit dieser Feststellung ab. Auch die Literatur über das Erbhofrecht, die die Bestimmung des § 311 BGB. im Zusammenhang mit dem Hofesübergabevertrag behandelt, vertritt ganz allgemein die Auffassung [64]), daß der nach § 311 BGB. wegen Formmangels nichtige Vertrag durch nachträgliche Erfüllung nicht geheilt werde. Zur Begründung wird insbesondere darauf verwiesen, daß eine dem § 313 BGB. entsprechende Vorschrift für den Fall des § 311 BGB. fehle, das Reichsgericht dieser Ansicht sei [65]) und, da ein Vertrag gemäß § 311 BGB. sich nicht auf Grundstücke beschränke, § 313 Satz 2 BGB. deshalb nicht entsprechend angewandt werden könne [66]).

Auch bezüglich des § 761 BGB. sind Planck-Oegg [67]) der Ansicht, der Mangel der Form werde durch die Entrichtung der einzelnen Rentenzahlungen nicht geheilt, die Bestimmungen der §§ 313, 518 und 766 BGB. seien nicht entsprechend anwendbar. Ein Rechtsgrund werde durch die Leistung einzelner Renten weder für die bereits erfolgten noch für die zukünftigen Zahlungen geschaffen. Die gemachten Leistungen könnten daher beiderseits noch innerhalb von 30 Jahren zurückgefordert werden. Neben Otto von Gierke [68]) vertritt auch das Reichsgericht [68a]) den gleichen Standpunkt. Zur Begründung führt das Reichsgericht aus, daß eine den Formzwang des § 766 BGB. abmildernde Vorschrift fehle, die der Erfüllung eine den Formmangel heilende Wirkung beilege. Das Reichsgericht vermißt also eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, und da diese fehlt, zieht es den Umkehrschluß, daß eine Heilung nicht möglich sei. Es nimmt deshalb an, daß die beider-

61) Komm. v. RGR., Anm. 1 zu § 311.

62) Komm. z. BGB., Erl. 1 zu § 311; ebenso Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, S. 144.

63) Allgemeines Schuldrecht, § 22 B I 1b (S. 71).

64) Wöhrmann, Der Hofesübergabevertrag nach dem Reichserbhofgesetz, § 2 (S. 4).

65) RGZ. Bd. 61 S. 285.

66) Vogel, Komm. z. Reichserbhofgesetz, § 37 Anm. V 4 (S. 234); Meyer, Der Uebergabevertrag insbesondere bei Erbhöfen, S. 26.

67) Komm. z. BGB. Erl. 3 zu § 761.

68) Deutsches Privatrecht, III. Bd. S. 801 Anm. 38.

68a) Bd. 67 S. 204 und S. 208.

seitigen Leistungen innerhalb von 30 Jahren nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden können. Zu dem gleichen Ergebnis führt die Entscheidung des Oberlandesgerichts München[69]), die auch den § 518 Abs. 2 BGB. auf den Fall des Leibrentenversprechens nicht entsprechend anwendet. Die gleiche Meinung wird mehrfach in der Literatur vertreten[70]), der sich Oertmann[71]) für die Fälle, in denen bloß eine Partei den Vertrag erfüllt hat, mit derselben Begründung anschließt. Der Hinweis von Oertmann, für den Fall, daß beide Vertragsteile geleistet haben, sei kein Umkehrschluß zu gewinnen, sondern das Leibrentenversprechen werde ganz oder wenn teilweise geleistet ist nur insoweit durch die nachträgliche Erfüllung wirksam, beantwortet die hier behandelte Frage, welche Wirkung die einseitige Erfüllung hat, nicht.

Gemäß § 2371 BGB. unterliegt der Vertrag über den Kauf einer Erbschaft der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Diese Bestimmung gilt nicht allein für den Fall, daß ein Alleinerbe seine gesamte Erbschaft verkauft, sondern auch für den Fall, daß ein Miterbe seinen Anteil veräußert, da hierauf gemäß § 1922 Abs. 2 BGB. die sich auf die Erbschaft beziehenden Vorschriften Anwendung finden. Hat ein Alleinerbe seine Erbschaft verkauft, so kann die Uebertragung des Nachlasses nicht durch einen einheitlichen Vertrag erfolgen, sondern die Uebertragung muß nach den für die einzelnen Gegenstände bestehenden Regeln vollzogen werden, also durch Auflassung, Uebergabe, Abtretung usw. Verkauft dagegen ein Miterbe seinen Anteil, so kann dieser über seinen Anteil insgesamt verfügen; dieser Verfügungsvertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 2033 Abs. 1 BGB.). Für beide Fälle ist die Frage nach der Heilung des Formmangels durch nachträgliche Erfüllung seitens einer Partei zu stellen. Ueberträgt ein Alleinerbe seine Erbschaft, so besteht die Erfüllung in den jeweils erforderlichen einzelnen Uebertragungsakten, handelt es sich um die Uebertragung eines Miterbenanteils, so geschieht die Erfüllung durch den Verfügungsvertrag gemäß § 2033 BGB. Was zunächst den Fall angeht, daß ein Miterbe sein Erbteil auf Grund eines wegen Formmangels nichtigen Kaufvertrages gemäß § 2033 BGB. überträgt, so stehen Planck-Greiff[72]) auf dem Standpunkt, daß der Formmangel des Kaufvertrages durch die nachträgliche gültige Uebertragung des Erbanteiles nicht geheilt werde. Das zur Erfüllung Geleistete könne nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden. Begründet

69) SeuffArch. Bd. 67 Nr. 34.

70) Oegg in Komm. v. RGR. Bem. 3 zu § 761; Soergel, Komm. Bd. I Bem. 1 zu § 761; Kreß, Lehrbuch des besonderen Schuldrechts, S. 76, sowie Henle, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, S. 162 und Anm. 14 daselbst.

71) Komm., § 761 Anm. 4.

72) Komm. z. BGB., Erl. 2 zu § 2371; ebenso Endemann, Erbrecht, § 108 III 4c (S. 821).

wird diese Ansicht damit, daß sich aus allgemeinen Grundsätzen eine Heilung nicht ableiten lasse. Die vom Gesetz für die Veräußerung eines Grundstücks vorgesehene Heilungsmöglichkeit könne auf die Rechtslage in den §§ 2371 und 2033 BGB., wo eine Gesamtverfügung vorliege, nicht übertragen werden, da in § 313 Satz 2 BGB. als einer Ausnahmevorschrift, kein allgemeiner Grundsatz zum Ausdruck komme. Die gleiche Ansicht findet sich bei Staudinger-Herzfelder [73]) und im Kommentar von Reichsgerichtsräten [74]), die noch darauf hinweisen, daß es dem Parteiwillen entsprechen könne, im Einzelfalle in der Uebertragung des Erbteils nach § 2033 Abs. 1 BGB. eine formgerechte Wiederholung und Bestätigung der Verpflichtungserklärung zu sehen. Daß der Mangel der Form des § 2371 BGB. nicht durch die Uebertragung des Erbteils gemäß § 2033 BGB. geheilt werden könne, weil § 313 Satz 2 BGB. keine entsprechende Anwendung finde, vertritt auch das Reichsgericht[75]) unter Bezug auf eine frühere Entscheidung[76]), deren Begründung hier jedoch nicht zutreffend ist, da in jenem vom Reichsgericht entschiedenen Fall in dem notariellen Vertrag der Kaufpreis unrichtig angegeben war, die Nichtigkeit also garnicht auf einem Formmangel beruhte. Die in diesem Abschnitt aufgeführten Ansichten, die eine Heilung des formlos geschlossenen Veräußerungsvertrages eines Miterben nach § 2371 BGB. durch den nachträglichen formgerechten Uebereignungsvertrag gemäß § 2033 BGB. ablehnen, kommen zu demselben Ergebnis für die Fälle, in denen ein Alleinerbe seine Erbschaft durch einen formlosen Vertrag veräußert und daraufhin die einzelnen Nachlaßgegenstände übereignet. Daß in diesem Fall eine Heilung des formlos geschlossenen Verpflichtungsvertrages durch die nachträgliche Uebereignung nicht stattfinden könne, ist den Vertretern dieser Meinung so selbstverständlich, daß sie von einer ausdrücklichen Feststellung dieser Ansicht überhaupt absehen. Wenn nämlich der Verfügungsvertrag gemäß § 2033 Abs. 1 BGB., obwohl er der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung unterliegt, den wegen Formmangels nichtigen Kaufvertrag des Miterben nach § 2371 BGB. nicht zu heilen vermag, so kann nach dieser Meinung erst recht nicht eine möglicherweise formlose Uebertragung der Nachlaßgegenstände den formlos geschlossenen Kaufvertrag des Alleinerben (§ 2371 BGB.) heilen. Wer im Falle des § 311 BGB. die Heilung des Vertrages durch die nachträgliche Erfüllung ablehnt, kommt für das Rechtsgeschäft des § 2371 BGB. zu demselben Ergebnis; denn in beiden Fällen handelt es sich um einen Veräußerungsvertrag, der sich auf eine Vermögensmasse bezieht, und auf Grund dessen die Uebertragung der

73) Bem. 3 zu § 2371.

74) Seyffarth, Bem. 3 zu § 2371; Michaelis, Bem. 6 zu § 313. Zustimmend Soergel, Bem. 4 zu § 2371 und Planck-Ebbecke, Erl. 2b zu § 2033.

75) RGZ. Bd. 137 S. 171 = RG. in JW. 1933 S. 163 Nr. 12. Zustimmend Herzfelder in Anm. 12 daselbst.

76) RGZ. Bd. 129 S. 123.

einzelnen Gegenstände möglicherweise formlos erfolgt. Die in diesem Abschnitt aufgeführten Meinungen bedienen sich also zur Rechtsfindung der konstruktiven Methode. Da diese hier (Kap. B.) abgelehnt ist, können auch ihre Ergebnisse nicht anerkannt werden.

2. Die Anwendung der Analogie.

Die notwendige Ergänzung zum Umkehrschluß stellt für die konstruktive Methode die Analogie dar. Allerdings geht gerade auch die interessenjuristische Methode davon aus, die Entscheidung über die in einem Tatbestand gefundenen Interessen an einem ähnlichen Fall zu orientieren und dessen Rechtssatz darauf zu prüfen, ob er analog angewandt werden könne. Der Unterschied liegt hier in der Begründung, wie oben Kap. B. festgestellt ist. Wenn eine Entscheidung auf der analogen Anwendung eines Rechtssatzes beruht, so geht also hieraus allein noch nicht hervor, ob sie mit Hilfe der interessenjuristischen oder konstruktiven Methode erreicht ist. Soweit eine Meinung sich für die analoge Anwendung eines Rechtssatzes ausspricht, dazu aber undeutlich oder überhaupt nicht begründet ist, ist deshalb ihre Einordnung unter dem Gesichtspunkt der angewandten Methode zuweilen zweifelhaft. Dieser Umstand wird auch im folgenden zu berücksichtigen sein, wo die Schriftsteller zu Wort kommen sollen, die mittels der konstruktiven Methode und ohne Verwendung von interessenjuristischen Gesichtspunkten zu dem Ergebnis gelangen, daß in den Fällen der §§ 311, 761 und 2371 BGB. die analoge Anwendung der über die Heilung von Formmängeln in den §§ 313, 518 und 766 BGB. niedergelegten Rechtssätze erfolgen muß.

Für das Rechtsgeschäft gemäß § 311 BGB. läßt sich außer Oertmann [77]) eine Stimme, die sich für die Anwendung der in den §§ 313, 518 und 766 BGB. zum Ausdruck gekommenen Rechtssätze über die Heilung von Formmängeln ausspricht und auf interessenjuristische Gedankengänge verzichtet, nicht anführen. Oertmann ist der Ansicht, daß sich höchstens bei erfolgter Uebertragung aller einzelnen Gegenstände eine entsprechende Verwertung des § 313 BGB. rechtfertigen lasse.

Bezüglich des Leibrentenversprechens hält Enneccerus [78]) die analoge Anwendung der in den §§ 313, 518 und 766 BGB. enthaltenen Rechtssätze für angebracht, allerdings soll das wegen Formmangels nichtige Leibrentenversprechens nur insoweit geheilt werden, als es erfüllt ist. Lehmann [79]), dem Leonhard [80] zustimmt, will im Fall des unentgeltlichen Leibrentenversprechens den § 518 Abs. 2 BGB. auf die Schriftform des § 761 BGB. übertragen und

77) Komm. z. BGB., Anm. 7 zu § 311.
78) Einleitung und Allgemeiner Teil, 12. Bearbeitung, § 145 III 2 Anm. 12.
79) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung, § 184 II 2.
80) Besonderes Schuldrecht, S. 302.

auch bei teilweiser Bewirkung der Leistung entsprechend teilweise Heilung annehmen. Bei dem entgeltlichen Leibrentenversprechen läßt Siber [81]) eine Heilung des Formmangels durch nachträgliche Erfüllung nicht nach § 518 Abs. 2 BGB. sondern nach § 313 Satz 2 BGB. eintreten, da die entsprechende Anwendung des § 313 Satz 2 BGB. die Möglichkeit gebe, den Vertrag seinem ganzen Inhalt nach voll wirksam werden zu lassen, so daß also auch für die erst künftig fällig werdenden Rentenzahlungen eine Verpflichtung entstehe, wenn der die Rentenpflicht begründende Gegenwert geleistet sei. Für diese Begründung spricht weiter, daß die entsprechende Anwendung des § 313 Abs. 2 BGB. gegenüber § 518 Abs. 2 BGB. auf den Fall des entgeltlichen Leibrentenversprechens auch deshalb gerechtfertigt ist, weil beide Rechtsgeschäfte entgeltlich sind. Die weitere Meinung von Siber, das Fehlen einer Bestimmung über die Heilung von Formmängeln könne bei dem im letzten Augenblick in das Gesetz gelangten § 761 BGB. auf bloßem Uebersehen beruhen, kann nicht für eine ineressenjuristische Begründung in Anspruch genommen werden.

Für den Fall, daß ein Miterbe seinen Anteil an der Erbschaft verkauft (§ 2371 BGB.), der Kaufvertrag aber wegen Formmangels nichtig ist, auf der Grundlage desselben jedoch die ebenfalls wie der Kaufvertrag der Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfende Uebertragung des Anteils in rechtswirksamer Weise gemäß § 2033 BGB. erfolgt, will Strohal [82]) die Heilung des formnichtigen Kaufvertrages annehmen und den im § 313 Satz 2 BGB. zum Ausdruck gekommenen Rechtssatz analog angewandt wissen. Zur Begründung weist er darauf hin, daß die Verfasser des Gesetzes, sofern ihnen die Frage zum Bewußtsein gekommen wäre, durch die Logik der Situation veranlaßt worden waren, den § 313 Satz 2 BGB. hier entsprechend anzuwenden [83]). Für die analoge Anwendung von Rechtssätzen über die Heilung von Formmängeln durch nachträgliche Erfüllung auf den Fall, daß ein Alleinerbe die Erbschaft auf Grund formlos geschlossenen Kaufvertrages überträgt, spricht sich keine Stimme aus, die sich lediglich auf eine konstruktive Begründung stützt. Das Ergebnis ist hier also dasselbe wie bei § 311 BGB.

II. Die Ergebnisse auf Grund der Interessenwertung.

1. Die Verpflichtungsverträge über gegenwärtiges Vermögen.

Im folgenden wird bezüglich der Rechtsgeschäfte der §§ 311, 761 und 2371 BGB. im Einklang mit den Forderungen der Interessenjurisprudenz eine Antwort auf die Frage zu suchen sein, ob durch

81) Schuldrecht, S. 382.
82) Erbrecht, Bd. II S. 416 II.
83) Strohal, a. a. O., S. 96-97.

nachträgliche Erfüllung eine Heilung des wegen Formmangels nichtigen Vertrages in den genannten drei Fällen möglich ist. Die in den §§ 311, 761 und 2371 BGB. enthaltenen Formvorschriften sind nur mit Rücksicht auf die Verpflichtung zur Uebertragung eines Vermögens, der Bestellung eines Nießbrauchs, der Gewährung einer Leibrente und der Uebertragung einer Erbschaft oder eines Erbanteils, dagegen nicht im Hinblick auf die Gegenleistung erlassen. Nur in Hinsicht auf diese Hauptverbindlichkeiten, die den Verträgen ihren jeweiligen Namen geben, können deshalb die Bestimmungen der §§ 313, 518 und 766 BGB. über die Heilung von Formmängeln herangezogen werden; da die Formvorschriften in diesen Fällen ja auch nur wegen der Verpflichtungen, welche die Grundstücksübertragung, Schenkung und Bürgschaftsleistung betreffen, nicht der Gegenleistung wegen vorhanden sind.

Den Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage bilden also die Interessen, die in § 311 BGB. durch die Form geschützt werden sollen. Schon Regelsberger [84]) hat auf die Frage, ob die in den §§ 313, 518 Abs. 2 und 766 BGB. enthaltenen Rechtssätze über die Heilung eines Formmangels durch nachträgliche Erfüllung auf ähnlich gelagerte Fälle angewandt werden können, geantwortet, vor allem müsse der Zweck festgestellt werden, den das Formgebot anstrebe. Bei gleichen Zwecken gelte dann die gleiche Lösung. Um welche Zwecke es sich hier handelt, ist bereits oben unter Kap. C. II. gesagt; denn mindestens jene Gründe, die für das Rechtsgeschäft des § 313 BGB. die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung verlangen, gelten auch hier, da unter einem Vermögen im Sinne des § 311 BGB. auch ein einzelnes Grundstück, wenn es als Vermögen veräußert wird, zu verstehen ist [85]). Bei dem gegenüber einem Verpflichtungsvertrag nach § 313 BGB. umfassenderen Vertrag über ein Vermögen gemäß § 311 BGB. erfüllt die Formvorschrift noch einen weiteren Zweck, nämlich den Uebernehmer des Vertrages zu schützen, da ihn die Haftung aus § 419 BGB. trifft [86]). Unter diesem Gesichtspunkt bildet die Form für den Uebernehmer des Vermögens ein Warnungszeichen, daß er sich die Folgen der Vermögensübernahme deutlich mache; sodann gewährt sie ihm eine bessere Uebersicht über das vorhandene Vermögen, um damit der notwendigen Klarheit des Vertragsinhaltes zu dienen. Die Haftung des Uebernehmers gegenüber den Gläubigern des Schuldners beschränkt sich nach § 419 Abs. 2 BGB. auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die dem Uebernehmer aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. In dieser gegen § 313 BGB. weitergehenden Haftung des Uebernehmers zeigt sich ein weiteres

84) Gesetz und Rechtsanwendung in Jherings Jahrbücher Bd. 158 S. 171-172.

85) Auch die herrschende Meinung: RGZ. Bd. 123 S. 54; Streit, Beiträge zur Lehre von der Vermögensübernahme nach § 419 BGB. unter besonderer Berücksichtigung des Vermögenskaufs, S. 29 und dort Zitierte.

86) OLG. Frankfurt in Rspr. der OLG. Bd. 8 S. 35.

vom Gesetz anerkanntes Interesse, das durch die Formvorschrift des § 311 BGB. geschützt werden soll.

Von interessenjuristischen Gesichtspunkten geht auch Hachenburg [87]) aus, um seine Meinung, daß der Formmangel in einem Vertrage nach § 311 BGB. durch die nachträgliche Erfüllung geheilt werden könne, zu begründen. Wo eine Formvorschrift als Warnungsruf in einer gesetzlichen Bestimmung wie in den Fällen der §§ 311, 761 und 2371 BGB. enthalten sei, übernehme die Erfüllung die Aufgabe der Form und bewirke damit die nachträgliche Gültigkeit des formwidrig geschlossenen Vertrages. Ob die eine Partei in Kenntnis des Formmangels die Leistung anbietet, und die andere in Kenntnis des Formmangels annimmt, hält er für unerheblich [88]). Der Ansicht von Hachenburg kann entgegen gehalten werden, daß sie nicht alle durch die Formvorschrift des § 311 BGB. geschützten Interesse insbesondere die sich aus § 419 BGB. ergebenden berücksichtigt. Von einem anderen Standpunkt kommt Riezler [89]) zu dem Ergebnis, daß die nachträgliche Erfüllung in den Fällen der §§ 311, 761 und 2371 BGB. den wegen Formmangels nichtigen Vertrag heile. Jedoch abweichend von der Meinung Hachenburgs macht er die Heilung davon abhängig, daß die Erfüllung trotz Kenntnis des Formmangels angenommen ist [90]). Riezler geht davon aus, daß der Leistende durch die Erfüllung, seinen Willen am Vertrag festzuhalten, zum Ausdruck gebracht habe. Das gleiche gelte für den anderen Teil, der die Leistung angenommen hat; denn durch die Annahme habe dieser erklärt, daß er den Vertrag als wirksam ansehe, und damit habe er dem Leistenden zu verstehen gegeben, daß er trotz des Formfehlers die Gegenleistung erbringen wolle. Es widerspreche deshalb Treu und Glauben, wenn sich der Annehmende mit seinem eignen Handeln dadurch in Widerspruch setze, daß er den auf die Gegenleistung Vertrauenden täusche. Riezler ist der Ansicht, diese Meinung entspreche auch der Billigkeit und dem praktischen Bedürfnisse. Diesen Ausführungen ist entgegen zu halten, daß sich die Gesetzesauslegung nicht allein an dem Maßstab der Billigkeit orientieren und die für die Rechtsfindung unumgängliche Auslegungsmethode der Interessenjurisprudenz damit übergehen darf. Dadurch, daß Riezler seine Meinung lediglich auf Billigkeitserwägungen stützt, überschreitet er den Rahmen des Gesetzes, wovon er auch selbst überzeugt ist, da er seine Ansicht als nicht mehr auf dem Boden des Gesetzes stehend, als „praeter legem", bezeichnet [91]). Diese Auslegung zeigt deutlich, daß auch Riezler hier das Versagen der konstruktiven Methode empfindet, da sie nach seiner Ansicht hier zu einem unbefriedigenden Ergebnis führt. Um

87) Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB. 2. Aufl., II. Bd. S. 28-29.
88) Hachenburg, Vorträge, S. 96-97.
89) Staudinger-Riezler, Bem. II 5 zu § 125.
90) Riezler, Venire contra factum proprium § 17 IV (S. 141).
91) Riezler, a. a. O., § 17 IV S. 141-142.

dieses Versagen zu beheben, trifft Riezler seine Entscheidung auf Grund von Billigkeitserwägungen und korrigiert damit das Ergebnis der konstruktiven Methode. Der Weg Riezlers steht also in Widerspruch mit dem hier eingenommenen Standpunkt, die Auslegung nach den Gesichtspunkten der Interessenjurisprudenz zu treffen, die der Korrektur durch die Billigkeit nicht bedarf. Die Ausführungen Riezlers vermögen daher nicht zu überzeugen. Dasselbe gilt für die Ansicht von Siber [92]), der auch aus Billigkeitserwägungen unter entsprechender Anwendung des § 313 Satz 2 BGB. die Heilung für erwünscht hält, wenn der Vermögensveräußerer die sämtlichen Vermögensstücke übertragen hat. Das Ergebnis von Reichel [93]) fällt nicht mehr in den Rahmen dieser Arbeit; denn er kommt unter Berücksichtigung der den Rechtsgeschäften zu Grunde liegenden Interessen zu dem Resultat, daß die Heilung eines Formmangels nur dann eintreten könne, wenn der Vertrag allenthalben, d. h. von beiden Seiten, freiwillig erfüllt ist. Während hier davon ausgegangen wird, daß der Vertrag nur von einer Partei erfüllt ist.

Das Rechtsgeschäft des § 311 BGB. kann ein entgeltliches oder ein unentgeltliches sein. Soweit ein Vermögen verschenkt wird, kommt bezüglich der Heilung des Formmangels in dem Verpflichtungsvertrag die Bestimmung des § 311 BGB. neben der des § 518 Abs. 2 BGB. zur Anwendung. Wenn sich jemand im Rahmen des § 311 BGB. schenkungsweise verpflichtet, unterliegt nicht allein das Schenkungsversprechen sondern auch die Annahmeerklärung der Form des § 311 BGB. [94]). Eine Heilung allein auf Grund des § 518 Abs. 2 BGB. kommt nicht in Betracht; denn diese Vorschrift bezieht sich nur auf die Heilung des Versprechens nicht aber der Annahmeerklärung. Eine Unterscheidung in der Richtung, ob es sich um einen entgeltlichen oder um einen unentgeltlichen Vertrag gemäß § 311 BGB. handelt ist also bezüglich der Heilung nicht möglich.

Hat ein Rechtsgeschäft nach § 311 BGB. nur ein Grundstück zum Gegenstande, so liegt jener Fall des § 311 BGB. vor, der hinsichtlich des Vertragsgegenstandes dem des § 313 BGB. unter den verschiedenen Möglichkeiten nach § 311 BGB. am nächsten kommt. Es fragt sich, ob hier die gleiche Beurteilung bezüglich der Heilung angebracht ist. Wenn über ein Grundstück als Vermögen im Sinne von § 311 BGB. ein Vertrag geschlossen ist, hat die Form, wie oben festgestellt ist, noch eine weitere Aufgabe als bei § 313 BGB. zu erfüllen, nämlich den Uebernehmer wegen der Folgen aus § 419 BGB. zu schützen. Da die Interessenlage in beiden Fällen nicht die gleiche ist, sondern die Form in § 311 BGB. eine umfassendere Bedeutung hat als in § 313 BGB., vermögen die Vorschriften des § 313 Satz 2 BGB. eine entsprechende Lösung bei § 311 BGB. nicht zu begründen. Eine Anwendung des in § 313 Satz

92) Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Jherings Jahrbücher Bd. 70 S. 242.
93) ArchZivPrax. Bd. 104 S. 30-31.
94) Gleichfalls die herrschende Ansicht: Staudinger-Werner, Anm, 2c zu § 311.

2 BGB. enthaltenen Rechtssatzes würde die Interessen vernachlässigen, welche die Formvorschrift des § 311 BGB. über die des § 313 BGB. hinaus noch zu schützen hat. § 311 BGB. kann aber außer einem Recht an einem Grundstück auch bewegliche Sachen oder sonstige Rechte als Vertragsgegenstand allein oder neben Grundstücken haben. Es fragt sich daher, ob dieser Unterschied eine dem eben besprochenen Fall gleiche Regelung gestattet, oder ob hier die Heilung des Formmangels durch nachträgliche Erfüllung die Wahrung der dem Rechtsgeschäft zu Grunde liegenden Interessen sichert. Wenn ein wegen Formmangels nichtiger Vertrag gemäß § 311 BGB. sich nur auf bewegliche Sachen erstreckt, so kann er durch die nachträgliche Erfüllung gleichwohl nicht geheilt werden; denn wenn in dem oben genannten Fall, wo ein Recht an einem Grundstück das Vertragsobjekt bildet, dieses Ergebnis richtig war, muß dies auch hier gelten, wenn auch die Verpflichtung zur Uebertragung einer beweglichen Sache im Gegensatz zu dem Falle des § 313 BGB. grundsätzlich formlos gültig ist. Aus § 311 BGB. ist nämlich nichts zu entnehmen, was eine verschiedenartige Regelung für Grundstücke oder bewegliche Sachen rechtfertigen könnte. Daß in den Fällen, in denen das Vermögen sich nicht auf einen einzelnen Gegenstand beschränkt sondern eine Summe von Rechten umfaßt, das hier gefundene Ergebnis gelten muß, bedarf keiner besonderen Begründung. Um die Ablehnung der Heilung zu begründen, macht Schreiber [95]) noch auf einen weiteren Gesichtspunkt aufmerksam. § 311 BGB. solle nämlich verhindern, daß die im öffentlichen Interesse erlassenen Formvorschriften für letztwillige Verfügungen umgangen würden. Eine Vorschrift, auf Grund deren infolge der gleichen Interessenlage ein wegen Formmangels nichtiger Vertrag nach § 311 BGB. geheilt werden könnte, findet sich also im Gesetz nicht.

Ob in den Fällen, in denen eine Partei nur einen Teil der geschuldeten Leistung erbringt, der Formmangel geheilt wird, bleibt noch zu prüfen. Hier sind zwei Möglichkeiten denkbar, entweder bewirkt die Leistung der Teilschuld die Heilung des gesamten Vertrages oder des entsprechenden Teiles. Eine Heilung des gesamten Vertrages ist schon deshalb ausgeschlossen, weil sogar die Leistung der gesamten Schuld diese Wirkung nicht auszuüben vermag, dies durch eine nur teilweise Erfüllung also erst recht nicht geschehen kann. Eine teilweise Heilung kann gleichfalls nicht in Betracht kommen; denn ebensowenig wie durch eine vollständige Erfüllung der Vertrag seinem ganzen Umfange nach gültig wird, kann durch eine teilweise Erfüllung eine entsprechende Heilung eintreten. Die in den Fällen der §§ 518 und 766 BGB. getroffenen Bestimmungen, die eine entsprechend teilweise Heilung bei teilweiser Erfüllung zulassen, können hier keine Anwendung finden. Es sei noch darauf hingewiesen, daß es sich dort um Verträge handelt, die auf einer Seite nur Rechte auf der anderen nur Pflichten erzeugen, während

95) Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, I. Band S. 59.

hier ein Verhältnis gegenseitiger Rechte und Pflichten vorliegt. Der Uebernehmer des Vermögens ist zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet und hat einen Anspruch auf die Uebertragung, während andererseits der Veräußerer zur Uebertragung verpflichtet ist und einen Anspruch auf den Kaufpreis hat. Diese verschiedene Interessenlage bedingt auch eine andere Lösung. Eine teilweise Heilung des Formmangels kommt hiernach also nicht in Betracht.

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß ein wegen Formmangels nichtiger Vertrag nach § 311 BGB. durch die nachträgliche sei es vollständige oder teilweise Erfüllung weder seinem ganzen Umfange nach noch auch teilweise geheilt werden kann. Hiervon macht das Gesetz in der Vorschrift des § 139 BGB. eine Ausnahme, da § 139 BGB. auch auf einen Vertrag nach § 311 BGB. Anwendung findet. Nach § 139 BGB. kann für einen Vertrag nach § 311 BGB. bezüglich des Grundstücks eine Heilung gemäß § 313 Satz 2 BGB. in Frage kommen, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien den Vertrag auch allein der Grundstücke wegen, also ohne den sonstigen Vertragsinhalt, geschlossen haben würden[96]).

Im Einklang mit dem hier gefundenen Ergebnis äußert sich Henle[97]) unter Berufung auf den Zweck der Formvorschrift hinsichtlich einer Heilung des Mangels ablehnend. Bei der Bedeutung des Objekts und der dafür möglicherweise versprochenen Gegenleistung könne eine Heilung unter entsprechender Anwendung des § 313 Satz 2 BGB. nicht erfolgen. Zu der Begründung von Henle ist zu sagen, daß auch bei einem geringen Vermögensobjekt unter entsprechender Gegenleistung keine Heilung erlaubt ist. Ebbecke[98]) will die Heilung deshalb ablehnen, weil die Uebertragung aller einzelnen Gegenstände nicht eine Erfüllung des gesamten Vertrages sondern nur eine Erfüllung der auf die einzelnen Gegenstände gerichteten Verpflichtungen darstelle. Hierin dürfte aber kaum ein Unterschied bestehen.

2. Das Leibrentenversprechen.

Soweit die Leibrente schenkungshalber gewährt wird, gelten für die Erteilung des Versprechens die Bestimmungen des § 518 Abs. 2 BGB. Für den Fall, daß die Form nicht eingehalten ist, kann nach § 518 Abs. 2 BGB. eine Heilung durch nachträgliche Erfüllung eintreten. Bei dem entgeltlichen Leibrentenversprechen nach § 761 BGB. ist zunächst auf die Gründe hinzuweisen, aus denen das Gesetz die schriftliche Form in § 761 BGB. vorgeschrieben hat. Hier kommen die gleichen Gesichtspunkte in Betracht, die oben in dem Kapitel C. II. erörtert sind. Diese gleiche Interessenlage schafft die Voraussetzungen für die Anwendung des aus

96) RGZ. Bd. 61 S. 284 (285) und RGZ. Bd. 137 S. 324 (350).
97) Schuldrecht, S. 15.
98) Recht 1911 Sp. 635.

den §§ 313, 518 und 766 BGB. gewonnenen Rechtssatzes, daß der Formmangel des Leibrentenversprechens durch die nachträgliche Erfüllung geheilt werden kann.

Bezüglich der Erfüllung ist zu unterscheiden, ob der Versprechensgeber bereits alle oder nur einzelne Rentenzahlungen auf Grund der schriftlichen Form entbehrenden Leibrentenversprechens geleistet hat. Wenn die Zahlung sämtlicher Renten erfolgt ist, der Versprechensgeber also seinen Verpflichtungen in vollem Umfange nachgekommen ist, so tritt die Heilung des Formmangels mit Wirkung für den gesamten Vertrag ein. Unter Berufung auf interessenjuristische Gesichtspunkte verteidigt auch Hachenburg dieses Ergebnis [99]), da er den Vertrag seinem ganzen Umfange nach gültig werden läßt, wenn alle Renten gezahlt sind.

Es bleibt noch die zweite Möglichkeit zu erörtern, ob die gleiche Lösung auch dann gilt, wenn erst einzelne Rentenzahlungen erfolgt sind. Wenn oben davon ausgegangen werden konnte, daß die Form in § 761 BGB. dieselbe Bedeutung habe wie bei den Rechtsgeschäften nach §§ 313, 518 und 766 BGB., und also in diesen Bestimmungen wie in der des § 761 BGB. die gleichen Interessen geschützt werden sollen, so setzt die Anwendung des Rechtssatzes über die Heilung von Formmängeln durch nachträgliche Erfüllung weiter voraus, daß der Vertrag seitens einer Partei, hier der zur Rentenzahlung verpflichteten, vollständig erfüllt ist. Bei einer nur teilweisen Erfüllung ist das Wirksamwerden des gesamten Vertrages oder auch nur des erfüllten Teiles entsprechend den Fällen der §§ 313, 518 und 766 BGB. nicht möglich. Wenn es sich bei den einzelnen Renten um eine Teilleistung gemäß § 266 BGB. handelt, so kann demnach eine Heilung nicht Platz greifen. Als eine Teilleistung gemäß § 266 BGB. kann aber eine einzelne Rentenzahlung nicht aufgefaßt werden. In der Erfüllung des Leibrentenversprechens stellt sich jeweils bei Fälligkeit die einzelne Rente als die Hauptverbindlichkeit dar; denn eine über die Zahlung der einzelnen Rente hinausgehende Verpflichtung hat der Schuldner im Zeitpunkt der Fälligkeit der einzelnen Zahlung nicht zu erfüllen. Eine Teilleistung liegt aber nur dann vor, wenn der Schuldner nur einen Teil der Leistung, auf die der Gläubiger Anspruch hat, erbringt. Das ist z. B. der Fall, wenn der Schuldner statt einer jährlichen Rente von 1000.— RM eine solche von 500.— RM zahlt, er also seiner Verpflichtung im Zeitpunkt der Fälligkeit der einzelnen Rente nicht nachkommt. Hier befriedigt aber der Schuldner durch die Zahlung der ganzen jeweils fälligen Rente den Einzelanspruch des Gläubigers. Hieraus ergibt sich, daß der Rentenschuldner seiner Verbindlichkeit nachkommt, wenn er die jeweils fällige Rente leistet, womit er dann keine Teilleistung im Sinne von § 266 BGB. erbringt. Insoweit steht damit dem Rechtsatz, daß die Heilung eines Formmangels im Fall des § 761 BGB. auch

99) Hachenburg, Vorträge, S. 98.

dann eintritt, wenn nur einzelne Renten oder sogar nur eine einzige Rente geleistet ist, nichts entgegen. Dieses Ergebnis verlangt auch die der Formvorschrift des Leibrentenversprechens zu Grunde liegende Interessenlage. Die Schriftform in § 761 BGB. dient wie im Fall des Bürgschaftsversprechens nach § 766 BGB. besonders dem öffentlichen Interesse; denn die Schriftform bietet dem Versprechensgeber nur geringen Schutz, da hierzu nur seine Unterschrift unter eine möglicherweise von einem Dritten angefertigte Urkunde erforderlich ist (§ 126 BGB.). Im Interesse der Rechtssicherheit liegt es, wenn die Erfüllung eines Leibrentenversprechens, bei dem die Rentenzahlung einmal aufgenommen ist, nicht mehr nach dem Gutdünken des Versprechensgebers eingestellt werden kann. Andernfalls würde für den rechtsgeschäftlichen Verkehr eine Unsicherheit dadurch entstehen, daß die wirtschaftliche Lage des auf die Zahlung der Leibrente angewiesenen Vertragsteiles nach Gefallen des Schuldners zerstört werden könnte.

Entgegen der hier vertretenen Ansicht nimmt Hachenburg [100]) bei teilweiser Erfüllung entsprechend teilweise Heilung an. Seinem Hinweis auf die entsprechende Regelung in § 766 BGB. kann aus den bereits dargelegten Gründen nicht gefolgt werden. Der Lösung Hachenburgs stimmt Riezler [101]) zu. Seiner an der Billigkeit und dem praktischen Bedürfnisse orientierten Beweisführung kann aus den im vorigen Abschnitt II. 1. dargelegten Gründen nicht zugestimmt werden. Gegen den Standpunkt, bei der Leistung einiger Renten eine entsprechend teilweise Heilung aus Billigkeit zuzulassen, wendet sich auch von Tuhr [102]). Bei der Auszahlung einiger Renten unter Annahme entsprechender Heilung lasse sich nämlich der Umfang der Gegenleistung nicht genau bestimmen. Deshalb sei es einfacher die Heilung abzulehnen, und die Rückforderung der Renten nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung zu gestatten. Hiergegen spricht, daß es mindestens ebenso einfach ist, den Vertrag seinem ganzen Umfange nach gültig werden zu lassen, so daß der Anspruch auf die volle Gegenleistung entsteht. Sodann gilt gegenüber dem Gesichtspunkt der Einfachheit, als einem Bestandteil des praktischen Bedürfnisses, das gleiche, was mehrfach von der Billigkeit gesagt ist, daß nämlich die Interessenjurisprudenz dieses Hilfsmittels der konstruktiven Methode nicht bedarf. Ebbecke [103]) endlich hält einer Heilungsmöglichkeit entgegen, die Leistung der einzelnen Renten könne nicht als Erfüllung des Leibrentenversprechens angesehen werden, weil dem Empfänger der Renten das einheitliche Stammrecht hierdurch nicht bestellt werde, sondern dies nur in der Form des § 761 BGB. geschehen

100) Vorträge, S. 98.

101) Venire contra factum proprium § 17 IV S. 139, 142.

102) Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd. 1. Hälfte S. 504 Anm. 57.

103) Im Recht 1911 Sp. 635.

könne. Nach der hier vertretenen Auffassung entsteht der Anspruch auf die Renten und damit auf das Stammrecht mit der Heilung des Formmangels, die schon mit der Zahlung der ersten Rente eintritt. Die Erfüllung ersetzt die vorgeschriebene Form in § 761 BGB. Schließlich sei noch die Meinung von Siber [104]) angeführt. Er will eine Heilung nur dann in Betracht kommen lassen, wenn eine Partei vollständig geleistet hat, da einer teilweisen Leistung nur eine teilweise Heilung entspreche, in diesem Fall aber die Errechnung des verhältnismäßigen Gegenwerts schlecht durchführbar sei sowie der Bestimmung des § 139 BGB. nicht entspreche. Diese beiden Gründe stehen mit der hier vertretenen Ansicht, daß die Heilung nach der Leistung einer Rentenzahlung eintritt, nicht in Widerspruch.

Die Wirkung der Heilung des Formmangels besteht wie in den entsprechenden Vorschriften der §§ 313, 518 und 766 BGB. darin, daß der Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig wird. Insbesondere kann der Rentenschuldner die von ihm geleisteten Renten nicht mehr zurückfordern, sodann hat der andere Vertragsteil einen Anspruch auf die übrigen Renten und ist seinerseits zur Gegenleistung verpflichtet. Ob der Rentenempfänger bereits geleistet hat, ist für die Frage der Heilung des Leibrentenversprechens unerheblich.

3. Der Erbschaftskauf.

Es fragt sich, ob eine Heilung des Formmangels im Falle des § 2371 BGB. eintreten kann. Diese Bestimmung umfaßt zwei verschiedene Rechtsgeschäfte; denn sowohl der Kaufvertrag des Alleinerben über den Nachlaß wie der des Miterben über den Anteil unterliegen der Vorschrift des § 2371 BGB. Für beide Verpflichtungsverträge gelten also die gleichen Vorschriften nicht so aber für die Verfügungsverträge. Der Alleinerbe muß die zum Nachlaß gehörigen Gegenstände in der jeweils für die einzelne Sache und das einzelne Recht vorgeschriebenen Form übertragen. Der Miterbe dagegen kann gemäß § 2033 BGB. durch einen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung unterliegenden Vertrag über sein Erbteil im ganzen verfügen.

Hier soll zunächst die erste Möglichkeit berücksichtigt werden. Beim Erbschaftskauf bildet ein Komplex von Sachen und Rechten den Gegenstand des Vertrages. Hierin zeigt sich eine Parallele zu § 311 BGB., wo gleichfalls der Schuldgegenstand in einer Vermögensmasse besteht. Dieselbe Uebereinstimung zeigt sich in der für beide Verpflichtungsverträge vorgeschriebenen Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Für den Verfügungsvertrag gilt auch hier wie bei einem Vertrage nach § 311 BGB., daß die Uebertragung

104) Schuldrecht, S. 182; Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. Jherings Jahrbücher Bd. 70 S. 241.

jedes einzelnen zum Vermögen gehörigen Gegenstandes besonders in der hierfür vorgeschriebenen Form erfolgen muß. Die Formvorschrift dient in den §§ 311 und 2371 BGB. ähnlichen Zwecken. Die Meinung von Ebbecke [105]), die Formvorschrift des § 2371 BGB. sei im allgemeinen die des § 311 BGB. im privaten Interesse erlassen, ist unbegründet. Warum sollte das Interesse der Allgemeinheit bei einem Erbschaftskauf größer sein als bei einem Vermögenskauf? Wohl dient die Formvorschrift in § 2371 BGB. insbesondere auch den Interessen der Nachlaßgläubiger, weil deren Rechte gerade durch den Erbschaftskauf eine Beeinträchtigung erleiden könnten [106]). Um zu vermeiden, daß den Nachlaßgläubigern Haftungsobjekte entzogen werden können, hat das Gesetz für den Erbschaftskauf die Haftung gegenüber den Gläubigern in der Hauptsache so geregelt, wie dies der Bestimmung des § 419 Abs. 1 BGB. entspricht [107]). Also auch die Bestimmungen über die Haftung des Erwerbers stimmen hier wie dort im wesentlichen miteinander überein. Demnach liegen die gleichen Voraussetzungen vor, die eine der dem Falle des § 311 BGB. entsprechende Lösung verlangen. Im Sinne des oben Kap. II. 1. gefundenen Ergebnisses folgt daraus, daß eine Heilung des Formmangels in dem Kaufvertrage nicht in Betracht kommt, den der Alleinerbe über den Nachlaß schließt. Ob sämtliche oder nur einige verkaufte Gegenstände übertragen sind, begründet keinen Unterschied.

Dieses Ergebnis gilt nicht für den zweiten Fall, daß ein Miterbe seinen Anteil am Nachlaß veräußert. Hier ist die Interessenlage eine andere; einmal kann der Miterbe gemäß § 2033 BGB. über seinen Anteil im ganzen verfügen. Ferner besteht in der Haftung gegenüber den Gläubigern des Nachlasses ein Unterschied. Verkauft der Alleinerbe den Nachlaß, so haftet er wie der Veräußerer im § 419 BGB. vor und nach der Uebertragung völlig, d. h. mit seinem ganzen Vermögen, der Miterbe dagegen vor der Uebertragung nur mit seinem Anteil, nach ihr auch nur mit diesem, also überhaupt nicht mehr [108]). Weiter erfolgt die Uebertragung eines Erbanteils durch einen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung unterliegenden Gesamtakt und damit in der gleichen Form wie der Verpflichtungsvertrag nach § 2371 BGB., während der Alleinerbe nicht die Möglichkeit hat, durch einen einzigen Vertrag die zum Nachlaß gehörigen Gegenstände zu übertragen, sondern einzeln über jeden Gegenstand möglicherweise formlos verfügen muß. Die gleiche Form der öffentlichen Beurkundung in § 2371 BGB. und in § 2033 BGB. ermöglicht, daß alle Interessen, welche die Formvorschrift des § 2371 BGB. schützt, auch noch durch den Verfügungsvertrag nach § 2033 BGB. gewahrt werden können. Im Sinne der Interessenjurisprudenz

105) Recht 1911 Sp. 635.
106) Motive Bd. 2, S. 362; Protokolle Bd. 2 S. 127.
107) Pringsheim, Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils, S. 52.
108) Pringsheim, a. a. O., S. 54.

erkennt Leonhard [109]) mit Recht die Absicht des Gesetzes hier darin, daß die Garantien der behördlichen Mitwirkung bei dem Abschluß des Kaufvertrages nach § 2371 BGB. durch die Erfüllung nach § 2033 BGB. gewahrt werden. Diese Gesichtspunkte lassen das Reichsgericht [110]) und Planck Greiff [111]) nicht gelten, die durch die Formvorschrift des § 2371 BGB. bezweckte Gewähr werde nämlich durch die Verfügung nach § 2033 BGB. nicht eingehalten, da der dingliche Vertrag immer nur die Uebertragung des Erbteils selbst bekunde. Hieran ändere auch nichts, daß die Form in § 2371 und in § 2033 BGB. dieselbe sei. Dem kann nicht zugestimmt werden; denn dadurch, daß in beiden Bestimmungen die gleiche Form vorgesehen ist, können noch bei der Uebertragung die gleichen Interessen gewahrt werden, welche die Formvorschrift in § 2371 BGB. schützen will. Die Ansicht von Riezler [112]), der hier wie in den Fällen der §§ 311 und 766 BGB. für eine Heilung des Formmangels eintritt, wenn die Erfüllung in Kenntnis des Formmangels angenommen ist, und sich zur Begründung auf Billigkeitserwägungen stützt, ist auch für den Erbschaftskauf gemäß den zu § 311 BGB. gemachten Ausführungen abzulehnen [113]). Weiter sei noch eine Entscheidung des Reichsgerichts vermerkt [114]), worin ausgeführt wird, daß trotz Nichtigkeit des Kaufvertrages die in der gleichen Urkunde enthaltene dingliche Erbteilsübertragung nach § 2033 BGB. gültig sei, wenn die Parteien die dingliche Wirkung auch für den Fall der Nichtigkeit des schuldrechtlichen Vertrages gewollt haben, was anzunehmen sei, wenn sie sich durch Zahlung des Kaufpreises und die mündliche Vereinbarung für gesichert hielten. Da dieses Urteil davon ausgeht, daß der Kaufpreis bereits gezahlt ist, treffen seine Feststellungen für die hier allein interessierende Frage, welche Bedeutung lediglich die Uebertragung des Nachlasses oder eines Anteils auf den wegen Formmangels nichtigen Kaufvertrag hat, nicht zu. Der Heilung eines formnichtigen Erbschaftskaufvertrages steht also nichts entgegen, wenn der Miterbe über seinen Anteil verfügt. Gleichfalls auf der Grundlage der Interessenjurisprudenz verteidigen Hachenburg [115]) und mit ihm Leonhard [116]) dieses Ergebnis.

Sodann bleibt noch festzustellen, daß bei teilweiser Erfüllung, wenn der Miterbe statt seines gesamten Anteils nur einen Teil desselben formgerecht überträgt, eine entsprechend teilweise Heilung des Formmangels erfolgt. Entgegen dieser Meinung lehnt Siber [117]) bei teilweiser Erfüllung eine entsprechende Heilung ab, weil nicht zu

109) Kommentar zum Erbrecht, Erl. III C zu § 2371.
110) RGZ. Bd. 137 S. 173 = RG. in JW. 1933 S. 163 Nr. 12.
111) Kommentar zum BGB., Erl. 2 zu § 2371.
112) Venire contra factim proprium, S. 139-140.
113) Abschnitt D. II. 1.
114) Warneyer Entsch. 1925 Nr. 162.
115) Vorträge, S. 91.
116) Kommentar zum Erbrecht, Erl. III C zu § 2371.
117) zu RG. in JW. 1932 S. 1354-1355 Anm. 12 und Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit in Jherings Jahrbücher Bd. 70 S. 241.

errechnen wäre, wieviel von dem Kaufpreis auf die Teilleistung entfallen sollte. Die Errechenbarkeit der Gegenleistung kann aber kein unüberwindliches Hindernis darstellen.

III. Vorschlag de lege ferenda.

Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen, daß eine Heilung des Formmangels nur in den Fällen des Bürgschaftsversprechens und der Veräußerung eines Erbanteils durch einen Miterben möglich ist. Da sich dieses Ergebnis aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnehmen läßt, andererseits bei den Rechtsgeschäften nach § 313, 518 und 766 BGB. die Heilung ausdrücklich angeordnet wird, ist im Hinblick auf die Einheitlichkeit des Gesetzestextes zu wünschen, daß bei einer Aenderung des Bürgerlichen Rechts diese Lücke geschlossen wird.

Da die Erfüllung der Verträge nicht allein einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung versagt, sondern die Verträge ihrem ganzen Inhalte nach gültig werden, kann sich die Formulierung auch nicht der des § 1432 des Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs anschließen; denn § 1432 ABGB. bietet, wie im Gegensatz zu Riezler[118]) Swoboda[119]) bemerkt, nur eine Grundlage für die Verweigerung der Rückforderung der beiderseitigen Leistungen, aber nicht die Grundlage dafür, nunmehr die Gegenleistung zu fordern.

Auch kann keine gemeinsame Vorschrift für die in Betracht kommenden Verträge geschaffen werden, weil die Rechtsgeschäfte nach § 311 BGB. und der Vertrag über den Verkauf einer Erbschaft durch einen Alleinerben nicht durch nachträgliche Erfüllung geheilt werden können.

Für die beiden Rechtsgeschäfte nach § 761 und §§ 2033, 2371 BGB. muß deshalb je eine besondere Fassung gewählt werden. Demnach lautet der Satz 2:

des § 761 BGB.: Der Mangel der Form wird durch die Leistung einer Rentenzahlung geheilt.

des § 2371 BGB.: Soweit der Miterbe über seinen Anteil nach § 2033 verfügt, wird der Mangel der Form geheilt.

118) a. a. O. S. 139.

119) Kommentar zum ABGB., herausgegeben von Klang, IV. Bd., S. 475.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich, Franz Josef de Weldige-Cremer, katholischer Konfession, am 28. Juli 1912 zu Dorsten in Westfalen als Sohn des Bankiers Heinrich de Weldige-Cremer und seiner Ehefrau Margarete, geb. Pfohl. Am 5. März 1931 legte ich am Städtischen Gymnasium zu Rheinbach die Reifeprüfung ab. Vom Sommer-Semester 1931 bis zum Winter-Semester 1933/34 studierte ich an der Universität in Bonn und im Sommer-Semester 1934 an der Universität in Köln Rechtswissenschaft. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 29. November 1934 bei dem Oberlandesgericht in Köln und bin seit dem 20. Dezember 1934 als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst beschäftigt.

Die mündliche Promotionsprüfung fand am 28. Juni 1937 statt.

Herr Professor Dr. Eberhard Friedrich Bruck spreche ich für die Stellung des Themas sowie seine grundlegenden Hinweise und Herrn Professor Dr. Wolfgang Kunkel für die gütige Förderung der Arbeit meinen ehrerbietigen Dank aus.